Die Kompensation

zwischen Forderungen der Handelsgesellschaft und Forderungen an einen Gesellschafter, sowie zwischen Gesellschaftsschulden und Privatforderungen eines offenen Gesellschafters.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

kgl. bayer. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Gildemeister,
Referendar in Bremen.

ERLANGEN.
K. b. Hof- und Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).
1896.

157

Meinen Eltern.

§ 1.

Je mehr sich eines Kulturvolkes Verkehrsleben erweitert, entwickelt und verfeinert, je mehr die Zahl und Grösse der Umsätze zunimmt, desto grösser wird das Bedürfniss, diese umfangreichen Rechtsgeschäfte durch eine vereinfachte Methode abzuwickeln, welche zugleich der mit der Steigerung der Verkehrsthätigkeit erforderlichen Raschheit der Erledigung in genügender Weise Rechnung zu tragen, geeignet ist. Gewiss ist ja die Zahlung stets das einfachste Mittel der Befriedigung eines Gläubigers, aber, wo infolge des Wachsthums von Handel und Wandel die Zahl der Rechtsgeschäfte sich stetig vermehrt, wo die Umsätze zu grosse Dimensionen annehmen und die Contrahenten oft weit von einander wohnen, kann man die Zahlung weder als das einfachste, noch als das sicherste Mittel der Tilgung seiner Schulden bezeichnen. In der richtigen Erkenntniss dieser Thatsachen hat namentlich der Handel, der bei seiner derzeitigen Verbreitung über alle Kulturländer der Welt in den weitaus meisten und wichtigsten Fällen, mit grösseren Umsätzen und Transporten nach fernen Plätzen zu rechnen hat, eine Anzahl Zahlungssurrogate geschaffen, die bald für den ganzen Verkehr eine unersetzliche Bedeutung gewonnen und eben des-

halb auch juristisch zu interessanten Forschungen Anlass gegeben haben. Ich verweise hier auf den Giroverkehr, die Skontration, den Wechsel und den Chek, besonders auch den Contocorrent, sämmtlich Schöpfungen des modernen Handelsverkehrs, durch welche täglich tausende von umständlichen Baarzahlungen erspart werden und die Gläubiger auf die denkbar einfachste Weise zu ihrer Befriedigung gelangen.

Wie aber speciell im Handel, so treten überhaupt in jedem nur einigermassen vorgeschrittenem Rechtsleben eines Volkes Rechtsverhältnisse ein, für deren Lösung die Zahlung unpraktisch und umständlich, dagegen ein anderer Modus der Abwickelung als der einzig natürliche erscheint. Aus diesen Erwägungen heraus haben schon die Römer eine Vereinfachung weitläufiger Hin- und Herzahlungen angewandt, welche bis in unsere Zeit, und hier vielleicht noch mehr, als in Rom, sich als ausserordentlich lebensfähig erwiesen hat und welche im Wesentlichen den Grundgedanken für die obenerwähnten verfeinerten Formen des Handelsverkehrs gegegeben hat, die Kompensation.

Wo zwei Personen wechselseitig zu einander im Verhältnis von Gläubiger und Schuldner stehen, wäre es zum mindesten unzweckmässig, ja geradezu dolos, wie der römische Prätor sich mit den Worten: dolo facit, qui petit, quod, redditurus est“ ausdrückt, wenn eine Partei einklagen wollte, was sie sofort ganz oder zum Theil zurückerstatten muss. Statt dieses umständlichen Zahlungsmodus führte man die Kompensation ein; man kam folgerichtig zu der Erwägung, dass, wenn A dem B 50 schuldet, dafür aber die gleiche Summe aus einem anderen Geschäfte von ihm zu fordern hat, der

wirthschaftliche Effekt der Hin- und Herzahlungen derselbe ist, wie wenn zwischen den Parteien überhaupt keine Verbindlichkeiten beständen; man nahm demgemäss Abstand von der Realzahlung und erledigte das Schuldverhältniss auf rechnerischem Wege.

Auf diese Art bekommt zwar weder der eine noch der andere einen Baarfonds in seine Aktiva, aber auf beiden Seiten werden die Passiva reduziert, was schliesslich wirthschaftlich denselben Effekt herbeiführt. Das ist im Wesentlichen der wirthschaftliche Zweck und der praktische Grundgedanke der Kompensation, die eben gerade wegen ihrer Einfachheit und leichten Durchführbarkeit geeignet ist, für komplicierte Verhältnisse, wie sie in Sonderheit der moderne Handelsverkehr mit sich bringt, eine einfache Basis der Abwickelung zu schaffen.

Der Zweck der folgenden Untersuchung ist der, aus den zahlreichen juristischen Problemen, die sich im einzelnen an die Kompensation knüpfen, einen handelsrechtlichen Specialfall herauszugreifen und zu bearbeiten. Es können nämlich Fälle eintreten, wo zwar die praktische Anwendung der Kompensation sehr einfach, dagegen juristisch die Frage weniger leicht zu erledigen ist, ob in diesem oder jenem Falle nicht Schwierigkeiten rechtlicher Natur sich ergeben, welche es sehr zweifelhaft erscheinen lassen, ob hier zwischen Forderungen aufgerechnet werden darf, oder ob nicht in Folge der rechtlichen Stellung der Parteien zu einander oder zu dritten Personen und Personengesammtheiten eine Aufrechnung mit anderen Rechtsnormen von grösserer Tragweite in Conflikt gerathen müsste. Einen solchen Fall finden wir bei der offenen Handelsgesellschaft, wo

die Frage der Zulässigkeit der Kompensation von Gesellschaftsforderungen und Forderungen an einen Gesellschafter, sowie zwischen Geselschaftsschulden und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners ausserordentlich umstritten ist.

Bei der Bearbeitung eines derartigen Stoffes erscheint es als der geeignetste Weg, wenn man von den positiven gesetzlichen Bestimmungen, welche hier einschlagen, ausgeht und in kurzen Zügen die Entwickelung darlegt, der jene Bestimmungen ihre Entstehung verdanken, um erst dann die einzelnen Fälle, in denen die Kompensation praktisch wird und die bei dieser Gelegenheit sich ergebenden Fragen einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.

§ 2.

Im römischen Recht war die Gesellschaftsform welche unserer heutigen, offenen Handelsgesellschaft am nächsten stand — und heute noch wird von hervorragenden Juristen die offene Handelsgesellschaft als eine römisch rechtliche Gesellschaftsform angesehen — die societas. Ganz entsprechend der grösseren Freiheit und Selbstständigkeit, die dort dem einzelnen Gesellschafter zugewiesen war, gestattete das Gesetz ohne weiteres eine wechselseitige Kompensation zwischen Schulden respective Forderungen, welche im Interesse der Gesellschaft abgeschlossen waren und Privatforderungen respektive Schulden der Gesellschafter. Es liegt auch kein Grund, keine Rücksicht auf ein höher stehendes Recht der Gesammtheit vor, welche dem Gesellschafter etwa verbieten könnte, Forderungen die für die Gesellschaft contrahirt sind, sobald es ihm gut dünkt zum Zwecke der Aufrechnung mit eigenen Schulden zu verwenden.

Die römische Societas war doch nur eine Summe von Einzelindividuen, eine besondere Rechtsstellung als Gesellschafter, eine selbständige Rechtsphäre der Gesellschaft, nun gar ein Gesellschaftsvermögen als selbstständiger, in mancher Beziehung auch von den Gesellschaftern unantastbarer Vermögenscomplex, das sind Dinge, die mit dem ganzen Charakter eines Rechtes nicht gut zu vereinbaren sind, in welchem, wie Dernburg[1]) sich ausdrückt: „Die Selbsterschaffung des Rechtes durch eigenen Willen der Betheiligten" das Ideal war. Kompensation zwischen Gesellschaftsschulden und Privatforderungen, sowie zwischen Gesellschaftsforderungen und Privatschulden im modernen, handelsrechtlichen Sinne konnten demnach gar nicht in Frage kommen. Es gab ja gar keine Gesellschaftsforderungen und ebensowenig Gesellschaftsschulden. Im römischen Rechte konnte nur die Frage praktisch werden, ob ein Gesellschafter mit Forderungen eines anderen Gesellschafters seine Schulden aufrechnen kann. Allgemein betrachtet war auch in Rom eine compensatio ex persona tertii verboten,[2]) eine Ausnahme bestand hingegen eben für den Fall, dass von zwei Korrealschuldnern der eine kompensieren konnte, wenn ein Gesellschaftsverhältniss unter ihnen bestand, was ausdrücklich ausgesprochen ist in der l. 10 D., de duobus reis 45,2: „si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet". So das corpus juris Justinians.

Im Laufe der Jahrhunderte hat sich indessen in

---

1) Pandekten Bd. I S. 183 § 80 (3. Aufl.)

2) l. 18 § 1 D., de compensationibus 16, 2. l. 9. C. de comp. 4,31.

diesen Rechtsanschauungen ein Wandel vollzogen. Ganz andere Bestimmungen finden wir schon bei dem Postglassator Baldus de Ulbaldis (1400). Derselbe schreibt: „ad. l. 9. C. de comp. 4,31 compensatio non procedit, quia corpus societatis agit, non ille tanquam singularis persona et ideo, quod debetur societati non compensatur cum uno ex sociis“. Hier greifen, wie wir sehen, bereits Erwägungen Platz, welche den Juristen veranlassen, in gewissen Fällen dem Gesellschafter die Befugniss zu versagen, mit Gesellschaftsforderungen zu kompensiren und zwar auf Grund einer ganz anderen Auffassung vom Wesen der Gesellschaft, als wir sie im alten Rom kennen gelernt haben. Diese gänzlich neue Anschauung tritt zuerst, energischer betont, zu einer Zeit auf, wo sich aus deutschrechtlichen Principien, oder wenigstens in engster Anlehnung an dieselben eine Form der Gesellschaften entwickelt hatte, bei welcher ganz im Gegensatz zur römischen Societät eine Beschränkung der Rechte der Individuen im Interesse der Gesellschaft, selbstständige Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, ein eigenes Gesellschaftsvermögen getrennt von dem Privatvermögen der Gesellschafter hervortritt, kurz, Rechtsnormen zu Tage kommen, wie wir sie fast in derselben Weise noch bei unserer offenen Handelsgesellschaft antreffen. Diese neue Art von Gesellschaften, welche speziell im Handel ihre Ausbildung gefunden hat, während die Gesellschaften des römischen Rechtes keineswegs ausschliesslich Handelsgesellschaften waren, bedarf einer eingehenderen Betrachtung. Sie ist nicht gleich in der Gestaltung ins Leben gekommen in der sie uns zur Zeit des Baldus begegnet, sondern ist vielmehr das Produkt einer Entwickelung, welche in die

ersten Anfänge wirthschaftlicher Organisation zurückgreift. Die einfachste Gesellschaftsform, welche sich in den ersten Jahrhunderten des Mittelalters zum ausgedehnteren Betriebe von Handel und Gewerbe bildete, war die der Familiengenossenschaften mit vollkommener Gütergemeinschaft.[1]) Von einer eingehenderen Besprechung dieser Gesellschaftsform muss abgesehen werden, ich hebe nur hervor, was für spätere Erörterungen wichtig erscheint. Das aus dem gesammten Vermögen der einzelnen Genossen gebildete Genossenschaftsvermögen haftete für alle Schulden und unterlag der vollkommen freien Verfügung jedes Einzelnen, welcher durch seine Handlungen das Gesammtvermögen berechtigen und verpflichten konnte. Jeder Gesellschafter hatte ohne Weiteres die Befugniss, die Gesellschaft nach aussen zu vertreten, ein Recht, welches nicht wie bei der römischen societas auf Mandat oder besondere Vollmacht zurückzuführen war, sondern sich aus der personenrechtlichen Natur dieser Art von Gesellschaften herleitete. Der familiengenossenschaftlichen Gesammthaft und dieser generellen Verwaltungsbefugniss entspricht der Rechtssatz, dass jedes Familienglied durch seine Handlungen die Familiengenossen haftbar macht, und ebenfalls nicht kraft eines Mandates, sondern als rein personenrechtliche Folge der Familiengenossenschaft. Da es natürlich an allgemeinen Rechtsnormen über die Organisation dieser Genossenschaften fehlte, dieselben infolgedessen in den verschiedenen Ländern und Gegenden im einzelnen sehr verschiedene Gestalt

1) cf. Webers Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter (1889) S. 44 ff.

angenommen hatten, so lässt sich auch nicht feststellen, ob, was uns hier speciell interessieren würde, das Recht des Gesellschafters die Gesellschaft Dritter gegenüber zu vertreten, ohne Weiteres so weit ging, dass er Forderungen der Gesellschaft auch zu seinem Privatinteresse verwenden konnte, oder ob die Berechtigung zur freien Verfügung von Rechtswegen nur auf den Fall beschränkt war, dass er ein Gesammtinteresse wahrnahm, im übrigen aber der Consens der Mitglieder eingeholt werden musste. Nach dem ganzen Charakter dieser Genossenschaft darf man indessen wohl auf das erstere schliessen. Jedenfalls lebt aber in dieser Gestaltung der Gesellschaften der Gedanke eines Gesammtbegriffes, Gesammtinteresses, Gesammtvermögens, Vorstellungen, die in ihrer weiteren Ausbildung zu den Grundsätzen unserer späteren, handelsrechtlichen Gesellschaftsformen führen mussten und auf die ich in meine weiteren Ausführungen Gewicht lege. Allerdings bestreitet Goldschmidt in seiner Universalgeschichte des Handelsrechtes,[1]) dass wir es hier mit der ersten Erscheinungsform der modernen Handelsgesellschaften zu thun haben und vertritt die Ansicht, diese Form der Familiengenossenschaften sei nur eine ganz vereinzelte Erscheinungsform von Gesellschaften in lombardischen Städten gewesen.

§ 3.

Als zweite Entwicklungsstufe der offenen Handelsgesellschaft tritt uns die sogen. Kapitals- und Arbeitsgenossenschaft, welche sich aus der Familiengenossenschaft im Laufe der Zeit gebildet hat, entgegen. Der

1) Handb. des Handelsr. Bd. 1. erste Abth. erste Liefer. S. 299 ff. 1891 3. Aufl.

Uebergang vollzog sich in der Art, dass aus dem ursprünglich gemeinsamen Vermögenscomplex einzelne Bestandtheile ausgeschieden wurden und in das Sondervermögen der einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft traten. Eine ganz ähnliche Entwickelung haben wir bekanntlich beim Eigenthum an Grund und Boden, indem anfänglich der Grundbesitz alleiniges Recht der Markgenossenschaft ist und erst allmählich neben diesem Gesammteigenthum auch dem einzelnen Genossen Eigenthumsrechte am Boden zugestanden werden. So fing man an, das Gemeinschaftsverhältniss nur auf bestimmte Kategorien von Rechtsgeschäften zu beschränken, im Uebrigen dagegen die Gesellschafter als freie, selbstständige Persönlichkeiten anzusehen. Auf diese Weise machte sich sowohl eine Trennung der Rechtspersönlichkeit der Gesellschafter als solcher, im Gegensatz zu ihrer sonstigen Persönlichkeit, als auch eine Sonderung des gemeinschaftlichen Vermögens von dem Privatvermögen der Gesellschafter bemerkbar. Sobald nun die Vermögensgemeinschaft nicht mehr eine allgemeine war, entstand das Bedürfniss, dem Gemeinschaftsvermögen die Natur eines selbstständigen Rechtsobjektes zu Theil werden zu lassen. Ferner entstanden mit der Bildung eines Privatvermögens der Gesellschafter neue Principien für die Haftung derselben. Der alte Grundsatz: „Der gemeinsame Fonds haftet für die Schulden aus dem gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebe, wurde aufrecht erhalten, aber er wurde nur eben auf diese Kategorie von Verpflichtungen beschränkt, für Schulden der Gesellschafter ausserhalb dieses Wirkungskreises war ein Zugriff in das Gemeinschaftsvermögen unstatthaft. Demnach durfte solidarische Haftung nur dann Platz greifen, wenn

ein Gemeinschafter in Gemeinschaftsangelegenheiten thätig gewesen war, in diesem Falle wurde dann allerdings auch das ganze Privatvermögen des Gesellschafters haftbar. Mit diesen Rechtsgrundsätzen der Trennung des Gemeinschaftsvermögens von dem Privatvermögen und der Aenderung der Haftungsprincipien entstand der wichtige Gegensatz von Gesellschäftsgläubigern und Privatgläubigern;[1]) es gab Schulden, für welche nur der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen einzutreten hatte und andere Schulden, welche das Gemeinschaftsvermögen zusammen mit dem Privatvermögen der Gesellschafter verpflichteten. Diese Grundsätze sind es vor allen Dingen, welche dazu geführt haben, dass man eine Kompensation zwischen Gesellschaftsforderungen und Privatschulden der einzelnen Gssellschafter direkt als unzulässig bezeichnete, wie wir es in der oben citirten Stelle aus Baldus gesehen haben. Denn, wenn man einmal die Trennung der Vermögensmassen, die Scheidung der Privatgläubiger von den Gesellschaftsgläubigern als Rechtsgrundsatz anerkannte, so ergiebt sich eigentlich das Verbot einer derartigen Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatschulden schon als logische Consequenz dieser Rechtsnormen.

§ 4.

Aus der ganzen Entwickelung der Handelsgesellschaften ist im Vorstehenden gerade die Erwerbs- und Arbeitsgenossenschaft des 13. und 14. Jahrhunderts aus dem Grunde eingehender dargestellt worden, weil weder

1) Weber, z. Geschichte der Handelsges. im Mittelalter S. 81/82. Lastig in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 24 S. 439. Kuntze das. Bd. 6 S. 213.

in der früheren, noch in der späteren Zeit eine für unsere Untersuchung in gleicher Weise geeignete Perallele sich findet. Weder vorher noch nachher finden wir eine solche vielseitige Uebereinstimmung der Principien mit unserer offenen Handelsgesellschaft; wir gehen deshalb wohl nicht fehl, wenn wir die Arbeitsgenossenschaft als die erste und wichtigste Entwickelungsphase der offenen Handelsgesellschaft bezeichnen. Eben darum aber ist es von grundlegender Bedeutung für uns, dass gerade zur Zeit der Entstehung der Arbeitsgenossenschaft auch die obenstehenden Festsetzungen des Baldus über die Frage der Kompensation begegnen, ein Umstand, welcher den Gedanken nahe legt, dass die Unzulässigkeit einer Kompensation der oben bezeichneten Art auch schon damals als eine Consequenz der eigenartigen Gestaltung der Handelsgesellschaften angesehen wurde. Es ist nun freilich wohl nicht zu bestreiten, dass das in jener Zeit sich bahnbrechende römische Recht einen weitgehenden Einfluss auf die Gestaltung der Handelsgesellschaften gewonnen hat, aber keineswegs kann man so weit gehen, wie Goldschmidt, welcher behauptet, die römische Societät habe die Arbeitsgenossenschaft vollkommen bei Seite gedrängt.[1]) Dagegen spricht schon der Umstand, dass wir Bestimmungen, welche diese Art von Gesellschaften charakterisiren, dagegen mit den Principien des römischen Rechtes nur schwer sich vereinigen lassen, bei vielen bedeutenden Schriftstellern am Ende des Mittelalters und zu Anfang der Neuzeit häufig wiederfinden. Erwähnt seien hier nur: Casaregis: (discursus legales de commer-

1) Goldschmidt, Handbuch des Handelsr. Bd. 1 3. Aufl. S. 280

cio [1700] disc. 74 summarium Nr. 30) compensatio, dari non potest inter diversas personas, neque debiti proprii cum credito societatis. Ferner discursus 75 Nr. 30: „Quare attenta diversitate personarum et separatione negotiorum locus esse non poterat dictae compensationi.“ disc. 75 summarium Nr. 22. „Socius non potest debitum, proprium cum credito societatis compensare“.

disc. 76 Nr. 22 Nihilo minus compensare proprium debitum cum credito sociali. eo in jure vetitum expresse reperitur per Doctores plena manu allegatos in disc praecedenti num. fin.

disc. 155 Nr. 18 besagt das Gleiche.

Aehnliche Bestimmungen treffen wir auch bei Sigismundus Scaccia, einem Autor aus dem Jahre 1618 (tractatus de commertio et cambiis § 6 Gloss. I Nr. 95) „extene secundo, ut si unus particularis sit creditor unius ex sociis alicuius societatis et sic etiam debitor societatis, non possit hoc debitum, quod habet cum societate, compensare cum credito, quod habet contra dictum socium, etam si illud habeat occasione alterius societatis, nisi fuerit prius satis factum creditoribus societatis“.

Man darf wohl auf Grund dieser Beweismittel annehmen, dass gerade die Grundbestimmungen deutschrechtlicher Natur, wie wir sie oben erörtert haben, trotz des eindringenden römischen Rechtes fortbestanden haben, dass die Unzulässigkeit einer Kompensation zwischen Privatvermögen und Gesellschaftsvermögenstheilen im dringenden Interesse des Handelsverkehrs lag und mit dem Wesen der Handelsgesellschaften des Mittelalters, aus denen sich nach der herrschenden Ansicht unsere moderne offene Handelsgesellschaft ent-

wickelt hat, im engsten Zusammenhange stand. Wir finden neben den citirten Bestimmungen über die Kompensation zahlreiche Belege, welche die Stellung der Gesellschafter innerhalb der Gesellschaft, die Rechtsverhältnisse des Gesellschaftsvermögens u. s. w. ganz im Sinne der oben ausgeführten Grundsätze der Arbeitsgenossenschaft normiren. Betrachten wir demnach die moderne offene Handelsgesellschaft als ein Produkt langjähriger Entwickelung aus hauptsächlich deutschen Rechtsprincipien, so kommen wir zu dem Schluss, dass es keineswegs neue aus der Luft gegriffene Grundsätze sind, welche in den Artikeln 119—121 des H. G. B. ihre gesetzliche Regelung gefunden haben, halten wir aber mit Goldschmidt die offene Handelsgesellschaft für eine römische Schöpfung, so müssen wir zugeben, dass die bezeichneten ParagraphenBestimmungen enthalten, die mit der Geschichte der offenen Handelsgesellschaften in Widerspruch stehen.

§ 5.

Entsprechend dieser Controverse in der Gelehrtenwelt über die Entstehungsgeschichte der modernen Handelsgesellschaft ist die Aufnahme der bezeichneten drei Artikel, unter denen sich auch der für uns wichtige über die Kompensation befand, in das H. G. B. keineswegs ohne energischen Widerspruch vor sich gegangen, ja, es fehlte nicht an Schriftstellern, welche dieselben als äusserst gefährlich und den Handelsinteressen zuwiderlaufend hinstellten. [1])

In den ersten Verhandlungen über das allgemeine

1) Goldschmidt in der Heidelberger krit. Zeitschrift f. d. ges. Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 183 Abs. 2.

Deutsche H. G. B. ist von den hier zu behandelnden Bestimmungen keine Rede. Wir finden sie zuerst in der 122. Sitzung, wo der Antrag zur Einführung der Artikel 119—121 mit folgenden Worten begründet wird:[1]) „Da ohne Anerkennung dieser praktischen Sätze die Handelsdispositionen der Gesellschaft fortwährend völlig unberechenbaren Störungen ausgesetzt seien, also ein geordneter und sicherer Geschäftsbetrieb geradezu unmöglich werde.“ In der 138. Sitzung fand eine eingehende Berathung des Antrags statt. Der Referent und Abgeordnete für Preussen begründete hier seinen Antrag besonders mit einem Hinweis auf die Trennung des Gesellschaftsfonds von dem Privatvermögen der Gesellschafter, welche sowohl faktisch als rechtlich nicht zu bestreiten sei und vollkommen illusorisch werde, wenn man den Handlungsfonds jedem Privatgläubiger zugänglich machen wolle.[2]) Es ist für uns beachtenswerth, dass schon hier die Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Privatvermögen anerkannt und das Kompensationsverbot zwischen Gesellschaftsforderungen und Privatforderungen an die Gesellschafter gewissermassen als eine rechtliche Konsequenz und zugleich als ein weiteres energisches Schutzmittel für diese Trennung hingestellt wird. Aus dem Vorbringen des Referenten geht mit Deutlichkeit hervor und wird auch durch die Zusammenstellung dieses Artikels mit den vorhergehenden Artikeln 119 und 120 zur Genüge dokumentirt, dass der Zweck der neuen Anträge darauf hin ausging, der

---

1) Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgem. Deutschen H. G. B. herausgegeben von Lutz Bd. 3 S. 102 f.

2) Protokolle Bd. 3 S. 1135.

Selbstständigkeit des Gesellschaftsvermögens, sowie der verschiedenen Qualifikation der Gesellschafter (als solcher und als Privatleute) auch Dritten gegenüber Geltung zu verschaffen. Die Gesellschafter seien die hier allein in Betracht kommenden Rechtssubjekte; allein sie unterlägen rücksichtlich der Disposition über das gesellschaftliche Vermögen den Beschränkungen, dass sie materiell nur zu Gesellschaftszwecken, formell nur unter der Firma zu handeln befugt seien. Es handelte sich daher nicht um ein von den Personen der Gesellschafter verschiedenes Rechtssubjekt, wohl aber um verschiedene Qualitäten in denselben Personen und es sei die rechtliche Bedeutung der öffentlich bekannt gemachten Firma, dass diese verschiedene Qualität nicht allein unter den Gesellschaftern, sondern auch Dritten gegenüber wirksam werde.[1]) Dessen ungeachtet wurde die allgemeine Frage, ob über die in dem diskutirten Antrage enthaltenen Punkte etwas in das Gesetz aufzunehmen sei, mit neun gegen sieben Stimmen verneint. Preussen brachte nunmehr dieselben Bestimmungen in vier Zusatzartikeln zu Artikel 110 ein (als vierten den späteren Artikel 122) und nachdem in der Sitzung vom 19. November 1860 vor Beginn der dritten Lesung der Nürnberger Konferenz Kenntniss von den drei gleichlautenden Noten Preussens, Oesterreichs und Bayerns vom 12., 18., und 23. Oktober an die Deutschen Regierungen gegeben worden war — Noten, welche die Aufnahme der vier Zusatzartikel für unumgänglich erklärten, wurden diese Artikel von der Kommission angenommen. Somit waren die Bestimmungen über die

1) Protokolle Bd. 3 S. 1134.

Kompensation, denen wir schon im Mittelalter begegneten, nach wechselvollen Schicksalen dem H. G. B. einverleibt.

§ 6.

Kamen wir schon bei der historischen Betrachtung, je nachdem wir auf die römische societas oder auf die deutschrechtliche Arbeitsgenossenschaft den Ursprung der Handelsgesellschaften zurückführten, zu entgegengesetzten Resultaten, so wird dieser Gegensatz noch schärfer, wenn wir die juristische Konstruktion der modernen offenen Handelsgesellschaft des H. G. B. ins Auge fassen. Beide Fragen stehen in einem engen Zusammenhange. Behaupten wir mit Goldschmidt, die Arbeitsgenossenschaft ist in ihrer handelsrechtlichen Gestaltung von der römischen societas verdrängt worden, so müssen wir die offene Handelsgesellschaft als societas construiern, gehen wir dagegen davon aus, dass sich die Arbeitsgenossenschaft als spezifisch handelsrechtliche Erscheinungsform erhalten hat und demnach auch die offene Handelsgesellschaft hierauf zurückzuführen sei, so kommen wir dahin, die Basis der offenen Handelsgesellschaft in der deutschrechtlichen „gesammten Hand“ zu sehen. Bestreiten wir beides, so bleibt uns noch die juristische Person.

Wollen wir uns für eine dieser drei Ansichten über die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft entscheiden, so müssen wir von den positiven Bestimmungen des Gesetzbuches ausgehen und aus diesen die juristische Construktion feststellen.

§ 7.

Eine Thorie, welche hier an erster Stelle erwähnt werden mag, trotzdem sie als herrschende jetzt nicht

mehr angesehen werden kann, erkennt in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person.[1]) Fassen wir in Kürze die Haupterfordernisse einer selbstständigen Rechtspersönlichkeit zusammen:

1. Die Gesammtheit ist nach aussen, wie nach innen als solche von der Persönlichkeit ihrer Mitglieder vollkommen unabhängig.

2. Die Gesellschaft hat ein eigenes Vermögen, welches nicht im Eigenthum der Gesellschafter steht.

3. Das einzelne Mitglied ist nie zur Vertretung ausser auf Grund besonderer Vollmacht legitimirt.

Die offene Handelsgesellschaft ist kein selbstständiges Rechtssubjekt, denn nach Artikel 85 „betreibt" nicht die Gesellschaft das Handelsgewerbe, sondern „zwei oder mehrere Personen betreiben es".

Nun wird dem gegenüber von den Anhängern der Theorie der selbstständigen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft besonders Art. 111 ins Treffen geführt. Indessen weist Cosack[2]) sehr gut darauf hin, dass aus der verschiedenen Fassung der Art. 111 und 213, welch letzterer von den „selbstständigen" Rechten und Pflichten der Gesellschaft spricht, bereits mit Klarheit hervorgeht, dass Gesellschaft im Art. 111 eben nur im Sinne von „Summe der Gesellschafter" zu verstehen sei. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft, wo man mit Recht von den Beziehungen der Gesellschafter zur Gesellschaft spricht, fehlt es der offenen Handelsgesellschaft nach

---

1) Hauptvertreter dieser Ansicht: Ladenburg im Archiv f. Deutsch. Wechsel- und Handelsrecht Bd. S. 227 ff. Dernburg in seinen früheren Werken v. Sicherer. Brinhmann, Eccius.

2) Lehrbuch 1893. S. 480.

innen an dieser Selbstständigkeit vollkommen. Hier kann man nur von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter unter einander reden, während allerdings nach aussen die Gesellschaft d. h. die Gesammtheit der Gesellschafter als geschlossenes Ganzes auftritt. Ein Beispiel wird diesen Unterschied am besten klar legen.

Eine Aktiengesellschaft und eine offene Handelsgesellschaft erwerben eine Servitut; damit haben die Mitglieder der Aktiengesellschaft noch keineswegs das Recht, von der Servitut Gebrauch zu machen, während den Gesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft dieses Recht vom Augenblick des Erwerbes der Servitut unzweifelhaft zusteht. Der Unterschied liegt also darin, dass bei der juristischen Person die Selbstständigkeit der Gesellschaft auch nach innen d. h. den Gesellschaftern gegenüber wirksam wird, während die offene Handelsgesellschaft nur als Gesammtheit für die Aussenwelt existiert.

Ferner steht das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft nicht im Eigenthum der Gesellschaft, sondern ist und bleibt Vermögensbestandtheil der Einzelnen, mag er auch von dem übrigen Vermögen derselben scharf getrennt sein und, wie wir sehen werden, als Vermögenscomplex besonderen Bestimmungen und Verfügungsbeschränkungen unterliegen. Bei der juristischen Person steht auf der einen Seite ihr Vermögen, das Vermögen der Gesellschaft, auf der anderen Seite das Privatvermögen der Gesellschafter. Und weiter: Quod universitati debetur, non debetur singulis, quod universitas debet, non debent singuli. Gerade an diesen Sätzen zeigt sich deutlich, wie wenig die Konstruktion der juristischen Persönlichkeit sich auf die offene Handels-

gesellschaft anwenden lässt, haftet doch für die Schulden der offenen Handelsgesellschaft neben dem Gesellschaftsvermögen in erster Linie und unbeschränkt das Privatvermögen der Gesellschafter (Artikel 112 u. 113 H.G.B.) Sodann ist die offene Handelsgesellschaft durchaus abhängig von der Individualität ihrer Mitglieder (Artikel 123 [2] [3] [6] 125 H.G.B.), schon der Tod oder Konkurs eines Einzelnen macht ihrem Dasein ein Ende. Endlich ist laut Artikel 114—116 H.G.B. jedes Mitglied, welches nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, unbeschränkt und unbeschränkbar zur Vertretung der Gesellschaft Dritter gegenüber qualificiert. Dieses, die wesentlichsten Gründe, welche der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft entgegen zu halten sind.

§ 8.

Nicht minder ablehnend müssen wir uns gegen eine Theorie verhalten, welche dieselbe auf die römische Societät zurückführen will. [1])

Die Societät ist eine „vertragsmässige Vermögensgemeinschaft;“ der Gesellschaftsvertrag also ist an ihr das Wesentliche, unbedingt Nothwendige. Die offene Handelsgesellschaft dagegen besteht schon durch die blosse Thatsache, dass zwei oder mehr Personen unter gemeinsamer Firma ein Handelsgewerbe betreiben. Niemals ist in einer Societät der Einzelne von Rechtswegen zur Vertretung legitimiert, die offene Handelsgesellschaft lässt kraft Rechtssatzes jeden Gesellschafter

---

1) Goldschmidt Universalgeschichte. System des Handelsrechtes, 4. Aufl. 1892 S. 132. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift f. d. ges. Handelsr, Bd. 31 S. 1 ff., Thöl, das Handelsr. Unger, v. Hahn.

in sehr weit gehender Weise zur Vertretung zu, der nicht expressis verbis ausgeschlossen ist (Artikel 114—116 H.G.B.) Ein gesondertes Gesellschaftsvermögen kann bei der Societät nicht ohne vertragsmässige Festsetzung construirt werden; die offene Handelsgesellschaft hat kraft Gesetzesbestimmung ein Sondervermögen, welches zwar nicht in ihrem Eigenthum steht, aber ausdrücklich von dem sonstigen Vermögen der Gesellschaft getrennt, nur für Gesellschaftszwecke verwendbar ist. (Art. 111, 119, 120, 122 H.G.B.) Forderungen und Verbindlichkeiten theilen sich unter die Mitglieder einer Societät nach Quoten und zwar derart, dass jedem einzelnen Socius die freie Disposition über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen gewahrt bleibt. Ganz anders bei der offenen Handelsgesellschaft. Hier darf ein Gesellschafter niemals seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen an dritte Personen veräussern, wenigstens erlangt ein solcher Erwerber, selbst wenn der redlich war, keinerlei Rechte gegenüber den andern Gesellschaftern, Rechte, welche ihm bei der Societät niemals streitig gemacht werden können. Nirgend finden sich bezüglich der Societät Bestimmungen, denen zufolge eine Haftung neu eintretender Gesellschafter für bereits bestehende Societätsschulden gesetzlich vorgesehen ist, wie wir sie im Artikel 113 ausgesprochen finden. Endlich fehlt der Societät vollkommen die Solidarhaft der einzelnen Socien für Gesellschaftsschulden mit ihrem ganzen Privatvermögen, vielmehr sind derartige Festsetzungen, wo sie überhaupt im einzelnen Falle begegnen, rein vertragsmässig, veränderlich, widerruflich, wohingegen die Bestimmungen des Art. 112 H.G.B. strikt von Rechtswegen binden und unabänderlich sind.

§ 9.

Wir kommen nunmehr zu der dritten Art juristischer Konstruktion, welche man auf die offene Handelsgesellschaft anwendet, zu der „gesammten Hand". Begründer dieser Theorie ist Kuntze,[1]) dem sich neuerdings zahlreiche Autoren uud Rechtslehrer (ich nenne nur Brunner, Gierke, Cosack, Pappenheim) angeschlossen haben. So bezeichnet Gierke die offene Handelsgesellschaft als eine vertragsmässige Vereinigung zu einer durch eine Firma ausgedrückten und dem Handelsrecht unterstellten kaufmännischen Einheit. Die juristische Gestaltung der gesammten Hand birgt alle Merkmale in sich, welche auch für die mittelalterliche Arbeitsgenossenschaft, die Vorläuferin unserer offenen Handelsgenossenschaft als grundlegend angesehen werden müsten: Trennung des Gesellschaftsvermsgens vom Privatvermögen, unbeschränkte Vertretungsbefugniss, keine Theilung der Forderungen und Verpflichtungen nach Quoten u. s. w. Freilich gibt es manche Theoretiker wie Praktiker, welche die Existenz einer conjuncta manus überhaupt leugnen. Ihnen tritt Heusler[2]) scharf und treffend entgegen, indem er ausführt, es gebe eine weitverbreitete Behauptung, der Begriff „gesammte Hand" sei überhaupt kein Rechtsbegriff, er bekunde nur die rein äusserliche Thatsache des durch gemeinschaftliches Einschlagen der Hände vorgestellten gemeinschaftlichen Handelns. Diese Ansicht sei irrig. Die gesammte Hand sei in der That

---

1) Kuntze, Princip und System der Handelsgesellschaften Bd. 6 in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsr.

2) Heusler, Institutionen des Deutschen Priv. Rechts 1885. Bd. 1 S. 225 ff.

ein Rechtsbegriff, allerdings noch kein Rechtsinstitut, sondern ein Rechtsprincip, wie man etwa von einem Quoten- und Solidarprincip hinsichtlich der Betheiligung mehrerer an einem Rechtsverhältniss sprechen könnte. Heusler betont insbesondere den offenbaren Gegensatz zwischen der gesammten Hand und der römischen societas, wie er vor allen Dingen in der Verfügungsbeschränkung des Gesammthänders über seinen Antheil am Vermögen zum Ausdruck komme. Seine Erklärung finde dieser Gegensatz in der grundlegenden Verschiedenheit römischer und germanischer Rechtsanschauung: „Das römische Recht opfert dem an sich nicht zu unterschätzenden Princip der Freiheit des Eigenthums alle Rücksichten auf Ehe, Familie und weitere genossenschaftliche und bürgerliche Kreise; das deutsche Recht dagegen bindet das Eigenthum unter die Rücksichten, welche man seiner nächsten und einer weiteren Umgebung der Familie, sowie seinen Genossen in Gemeinde und Staat schuldig ist. Das römische Recht hat jede Gemeinschaft unter das Princip der Freiheit des Eigenthums gebracht, alles ist unter seiner Hand zur societas geworden, das deutsche Recht hat in den Gemeinschaften das Princip der Gebundenheit des Eigenthums der Theilhaber zur Geltung gebracht und ist so zur gesammten Hand gelangt“.[1])

Dieser Ansicht folgend möchte auch ich die offene Handelsgesellschaft als „gesammte Hand“ auffassen, da auf diese Weise allein die juristische Construction mit den positiven Bestimmungen des H.G.B. in Einklang zu bringen ist. So ist es möglich, dass zwei oder mehr

1) Heusler Institutionen Bd. 1 S. 250.

Personen das Handelsgewerbe betreiben, und trotzdem nach aussen als Gesammtheit wirksam werden, dass ein Sondervermögen existiert, welches nicht im Eigenthume einer fingierten juristischen Person steht und doch der Verfügung der einzelnen Gesellschafter nicht gänzlich überlassen ist, dass der einzelne Gesellschafter kraft Rechtssatzes die Gesammtheit bindet und berechtigt.

§ 10.

Wir haben bei der juristischen Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft etwas länger verweilt, weil die Verschiedenheiten derselben grundlegend für die konträren Resultate sind, zu denen die Anhänger der einen oder anderen Theorie bezüglich unserer Untersuchung kommen, und können nunmehr zu der Betrachtung der Zulässigkeit einer Kompensation in den einzelnen Fällen, in welchen dieselbe streitig erscheint, vorgehen.

Zunächst, wie steht es mit der Kompensation zwischen Forderungen an einen offenen Handelsgesellschafter und Forderungen der Gesellschaft? 2 Fälle sind hier auseinander zu halten, da man unter „Forderungen an einen Gesellschafter“ nicht nur Privatforderungen, sondern auch Forderungen an die Gesellschaft zu verstehen hat, welche gegen ihn eingeklagt werden. Beginnen wir mit dem ersten Fall. Ist Kompensation zwischen Privatschulden des Gesellschafters und Forderungen der Handelsgesellschaft zulässig?

§ 11.

Im Handelsgesetzbuch trifft Artikel 121 Bestimmungen darüber; es ist der einzige der zahlreichen Parapraphen des Handelsgesetzbuches über die offene Handelsgesell-

schaft, welcher expressis verbis von der Kompensation handelt. Der Artikel lautet:

„Eine Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter findet während der Dauer der Gesellschaft weder ganz noch theilweise statt; nach Auflösung der Gesellschaft ist sie zulässig, wenn und insoweit die Gesellschaftsforderung dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist."

Was in erster Linie die Terminologie des vorliegenden Artikels betrifft, so ist das einzige Wort, dessen Sinn etwas eingehender dargelegt und substantiiert werden muss, das Wort „Privatforderungen". Es gehören nämlich unter diese Kategorie der Privatforderungen im Sinne des Art. 121 nicht nur die Forderungen gegen den Gesellschafter, soweit sie aus den Rechtsverhältnissen des täglichen Lebens entsprungen sind, sondern auch manche, welche mit den Handelsbeziehungen des Gesellschafters in Verbindung stehen, sich also als Handelsforderungen qualificiren, bei denen man daher zweifelhaft sein kann, ob man sie ohne Weiteres unter „Privatforderungen" zu rechnen hat. Zu den Privatgläubigern eines Gesellschafters im weiteren Sinne zählen demnach richtiger Interpretation zufolge neben den Privatgläubigern im engeren Sinne zunächst die Gesellschaftsgläubiger eines Gesellschafters aus einem Handelsgeschäfte, welches derselbe vor Begründung der Gesellschaft betrieben hat;[1]) ausgenommen, wenn die Passiva jenes Geschäftes ausdrücklich von der Gesellschaft

1) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 8 S. 38 ff.

übernommen worden sind. Bestätigt wird diese Auslegung durch eine Entscheidung des R.O.H.G. [1]) Der Gerichtshof nimmt hier Bezug auf die Ausführungen, welche die zur Begutachtung des H.G.B. uud seiner Einführung in Bremen dort eingesetzte Kommission mit den Worten gemacht hat: „Das in den Art. 119—122, 126 u. s. w. durchgeführte System eines besonderen von dem Vermögen der Gesellschafter abgesonderten Vermögens der Gesellschaft gewähre allen Gesellschaftsgläubigern ohne Unterschied aus dem Handlungsvermögen vor allen Privatgläubigern der Gesellschafter ihre Befriedigung . . . . —“ es heisst dann weiter: „auf diese Weise gelten seine d. h. des Gesellschafters sämmtlichen bisherigen Gläubiger, sie mögen seiner bisherigen Handlung, oder ihm selbst persönlich creditiert haben, den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nur als Privatgläubiger.“ Tritt also ein Einzelkaufmann in eine offene Handelsgesellschaft ein, so stehen bezüglich der in die Gesellschaft eingeworfenen Vermögensbestandtheile seine bisherigen Geschäftsgläubiger den Privatgläubigern gleich, und das mit Recht, denn, da das Handelsrecht beim Einzelkaufmann kein gesondertes Geschäftsvermögen kennt, so haben auch schon vor Eingehung des Gesellschaftsverhältnisses Gläubiger aus Handelsgeschäften vor den übrigen Gläubigern keinerlei Vorrechte. Ebenso, wie der einzelne Kaufmann, wenn er das Geschäft eines andern erwirbt, für die Schulden des Rechtsvorgängers nur haftet, falls er sie übernommen hat, sind auch gegenüber der offenen Handelsgesellschaft Forderungen an einen Gesellschafter aus dessen früherem Handelsgeschäft,

1) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 2 S. 146.

wenn die Passiva nicht übernommen sind, nur Privatforderungen. Es schien mir nöthig, dieses hier festzulegen, denn gerade hinsichtlich der Kompensation hat die Sache doch ihre praktische Bedeutung. Werden nämlich derartige Forderungen aus früheren Handelsgeschäften als Forderung an die Gesellschaft angesehen, so kann, wie wir später sehen, der wegen einer Forderung der Gesellschaft Verklagte kompensieren und die Gesellschaft ist um eine Forderung ärmer.

Begründen nun dieselben Personen mehrere Gesellschaften unter verschiedenen Firmen, mit verschiedenen Vermögen, so sind die Gläubiger der einen Gesellschaft nicht Gläubiger der anderen, sondern höchstens Privatgläubiger der Gesellschafter.[1]) Es handelt sich hier um die Frage, ob man noch von Privatforderungen im Sinne des Art. 121 reden kann, wenn für die Privatforderungen sämmtliche die Gesellschaft bildenden Personen aus einem ausserhalb der Gesellschaft liegenden Rechtsgrunde solidarisch verpflichtet sind. Diese Frage ist zu verneinen. Das Gesetz will das Vermögen der Handelsgesellschaft gegen alle Forderungen sichern, welche durch die Gesellschafter nicht als solche eingegangen sind. Nun ist aber die Kontrahirung von Schulden einer neuen Handelsgesellschaft[2]), welche die Gesellschafter nur in ihrer Eigenschaft als Mitglieder dieser neuen Gesellschaft vornehmen können, niemals als Angehörige der älteren. Es ist also nicht abzusehen, weshalb für die Schulden, welche von der neuen Gesellschaft eingegangen werden, die Gesellschafter der älteren anders, denn als

---

1) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 24 S. 156 ff.

2) Ein Akt.

Privatleute in Betracht kommen sollen und weshalb die neuen Gesellschaftsgläubiger, welche lediglich auf den neuen Handlungsfonds hin der neuen Firma creditirt haben, das Vermögen der alten Gesellschaft als deren Gesellschaftsgläubiger in Anspruch zu nehmen befugt sein sollen.

Wenn die Gesellschafter drittens einen Theil ihres Gesellschaftsvermögens ausscheiden und gestützt auf diesen Fond eine neue Gesellschaft mit selbstständiger Firma gründen, gelten da die Gläubiger der älteren Gesellschaft als Gesellschaftsgläubiger auch der neu begründeten? Es sind doch die Aktiva der neuen Gesellschaft nur losgelöste Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens, auf welches, als Ganzes betrachtet, die Gesellschaftsgläubiger ein unstreitiges Recht besitzen. Indess spricht dagegen Folgendes: Die Gesellschafter haben das Recht, Theile des Gesellschaftsvermögens zu veräussern, sie haben ferner die Befugniss, mit diesem Fonds eine neue Gesellschaft zu begründen, ohne dass die Gläubiger dagegen Einspruch erheben könnten, sobald sie aber jene Neugründung vollzogen haben, bildet der dazu benutzte Fonds ein selbstständiges Ganze, vollkommen losgelöst von dem Komplex des Vermögens der älteren Gesellschaft und nur den Zwecken der neubegründeten Gesellschaft dienend, demnach auch einzig den Gläubigern der neuen Firma zugänglich, jedem Zugriff der Gläubiger der Muttergesellschaft verschlossen, welch letztere daher nur als Privatgläubiger in Betracht kommen können. Es haben also weder die Gläubiger der neuen Gesellschaft Gläubigerrechte gegenüber der älteren, noch die Gläubiger der älteren solche an dem Vermögen der jüngeren. Beide Gläubigerparteien können

natürlich die Gesellschafter privatim belangen, aber der Gesellschaft gegenüber qualifizieren sich ihre Forderungen stets nur als Privatforderungen gegen die einzelnen Gesellschafter.

Ganz anders liegt jedoch der Fall, wenn neue Gesellschafter in eine bereits bestehende offene Handelsgesellschaft eintreten, hier sind diejenigen Gläubiger, welche vor dem erfolgten Eintritt der neuen Gesellschafter bereits Forderungen gegen die Gesellschaft erworben hatten, bezüglich der neuen Gesellschafter keineswegs nur Privatgläubiger der älteren Gesellschafter denen gegenüber sie nicht haftbar wären; die Forderungen dieser Gläubiger sind und bleiben für alle Gesellschafter Forderungen an die Gesellschaft, einerlei, ob der Einzelne zur Zeit ihrer Eingehung bereits der Gesellschaft angehört oder nicht (H.G.B. Art. 113.) —

Die Tragweite der Bestimmung des Art. 121 ist eine grössere als es auf den ersten Blick den Anschein hat, es umfasst derselbe eine Anzahl von Einzelfällen, die wohl von einander zu scheiden und im Folgenden einzeln darzustellen sind.

I. Ein Privatgläubiger hat eine Forderung gegen einen Gesellschafter, die Gesellschaft eine Forderung gegen diesen Privatgläubiger, ist Kompensation beider zulässig? Um den Gegensatz zu einem später zu behandelnden Falle genauer zu markieren, nehmen wir an, der Gesellschafter wird von dem Privatgläubiger auf Zahlung seiner Privatschuld verklagt und kompensiert mit einer Forderung der Gesellschaft. — Sehen wir zunächst einmal von den Bestimmungen des Art 121 gänzlich ab, so ergiebt sich eine Entscheidung der hier aufgeworfenen Kompensationsfrage im negativen Sinne schon als logische Konsequenz

der Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter. Der Fonds, auf welchen die Gesellschaft ihre ganze kaufmännische Thätigkeit gründet, ist eine universitas iuris, nur dazu bestimmt, den Zwecken der Gesellschaft zu dienen, der Disposition zu Privatzwecken, ob gleich ein Theil des Vermögens der einzelnen Gesellschafter, vollkommen entzogen. Wir haben also bei der offenen Handelsgesellschaft drei Vermögensmassen zu unterscheiden:

1. Das ganze Vermögen der Gesellschafter, von dem auch der Antheil am Gesellschaftsvermögen einen Theil bildet.
2. Das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen zu Gesellschaftszwecken.
3. Das der freien Disposition des einzelnen Gesellschafters unterliegende Privatvermögen desselben.

§ 12.

Eine derartige Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Privatvermögen ist zwar nirgends im Gesetzbuch expressis verbis hervorgehoben — die Protokolle[1]) bezeichnen als Grund für diese Unterlassung die Besorgniss, es könne der irrthümlichen Annahme einer juristischen Person Vorschub geleistet werden — aber nach den Bestimmungen des Gesetzbuches ist sie ohne Zweifel beabsichtigt. Art. 91 sagt: „Wenn Geld usw. So werden diese Gegenstände Eigenthum der Gesellschaft“. Dieser Satz beweist, dass der Gesetzgeber die Ansicht gehabt hat, der Gesellschaft ein besonderes Vermögen zu verleihen. Allerdings

1) Protok. der Kommission zur Schaffung eines allgem. D.H.G.B. Bd. 3 S. 1134

geht man entschieden fehl, wie wir oben bereits ausführten, wenn man berechtigt zu sein glaubt, um dessentwillen der Gesellschaft juristische Persönlichkeit zusprechen zu müssen, aber unbestreitbar liegt doch die Absicht klar zu Tage, dass diese eingebrachten Gegenstände der unmittelbar freien Verfügung derer, welche sie eingebracht haben, entzogen werden, in erster Linie den Gemeinschaftszwecken dienstbar gemacht werden, mithin gegenüber dem sonstigen Vermögen der Gesellschafter ein Sondervermögen bilden sollen. So spricht ferner der Artikel 95 vom Verbot der Entnahme von Geldern aus der Gesellschaftskasse, es liegt also das von dem einzelnen Mitgliede Eingebrachte in der Gesellschaftskasse fest und kann von ihm nicht beliebig entfernt werden. Ein weiterer Beleg ist Art. 106 mit den Worten: „Antheil am Gesellschaftsvermögen“. Hier finden wir klar ausgesprochen, dass das Gesetz einen besonderen Fonds der Gesammtheit der Gesellschaft voraussetzt· Nicht minder spricht aber auch Art. 111 für unsere Behauptung. Denn zu den Rechten, welche die Handelsgesellschaft erwirbt, gehören wohl in erster Linie Forderungen, diese können demnach logischerweise, wie sie „unter der Firma“ erworben worden worden sind, nur „unter der Firma“ wieder veräussert werden, sind also der Disposition der Gesellscbafter, insofern sie nicht in ihrer Eigenschaft als solche, sondern als Privatleute handeln, entzogen, mit anderen Worten, zählen zu dem Sondervermögen.

Den besten Beweis für die Existenz eines selbstständigen Gesellschaftsvermögens liefern indessen Art. 119 u. 120 d. H.G.B.; ihren Festsetzungen gemäss sollen die Privatgläubiger eines Gesellschafters nicht

befugt sein, sich irgend welche Eingriffe in den Gesellschaftsfond zu erlauben, „die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen und Forderungen oder Rechte oder einen Antheil an denselben zum Behufe ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen". Kann überhaupt deutlicher eine Absonderung des Gesellschaftsvermögens mit Rechtswirksamkeit auch gegen Dritte ausgesprochen werden? Wie will man überhaupt ein Vermögen als universitas iuris charaktirisieren, wenn es in diesen Artikeln nicht geschehen sein soll? Wäre das Gesellschaftsvermögen nur eine Summe von Quoten aus verschiedenen Privatvermögen, so läge absolut kein Grund vor, vielmehr würde es jeder Rechtsanschauung zuwiderlaufen, wollte man den Gläubigern den Zugriff in diesen Theil des Privatvermögens verschliessen, oder dem Gesellschafter die freie Disposition über seine Quote versagen. Da aber die Unzulässigkeit von Eingriffen seitens der Privatgläubiger in diesen Vermögenskomplex vom Gesetz ausdrücklich und zwar mit Wirksamkeit gegen Dritte ausgesprochen worden ist, so ist es wohl nicht zu weit gegangen, wenn man daraus schlussfolgert, dass im Gesetze im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger beabsichtigt worden ist, eine Sonderung des Gesellschaftsvermögens von dem Einzelvermögen herbeizuführen. Die Richtigkeit des eben Dargelegten dürfte sich wohl am Deutlichsten zeigen, wenn wir ein scheinbar ähnliches Rechtsverhältniss vergleichsweise betrachten, welches auch von Laband [1]) bei der Behandlung der Trennung der Vermögensmassen

1) Laband in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsr B. 31 S. 3—4. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 8 S. 41 Bd. 1 S. 205.

zum Vergleich herangezogen worden ist, nämlich die Rechtsverhältnisse bezüglich des Vermögens der Einzelhandlung eines Kaufmannes. Die Trennung der beiden Fonds ist bei dem Einzelkaufmann in dessen freies Belieben gestellt, und wenn sie auch faktisch wohl stets vorhanden ist, und namentlich durch getrennte Buchführung nach aussen in Erscheinung tritt, so ist sie doch hier lediglich ein Erforderniss kaufmännischer Ordnung. Trotz derselben fliessen beide Massen in der juristischen Einheit des persönlichen Vermögens zusammen. Der Einzelkaufmann kann daher seinen Geschäftsfonds auch beliebig reduziren, kann Bestandtheile aus demselben entnehmen und in sein übriges Vermögen überschreiben. Das Geschäftsvermögen der Einzelhandlung kann also wohl etwa nach Analogie des kaufmännischen Waarenlagers als universitas facti, niemals aber, wie den obigen Ausführungen zufolge das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft, als universitas iuris in Betracht kommen. Der Unterschied zwischen dem Gesellschaftsvermögen und dem Vermögen einer kaufmännischen Einzelhandlung liegt also darin: Die Trennung ist im letzteren Falle ein rein thatsächlicher Vorgang, wogegen sie im ersteren durch das Gesetz bestimmt und insbesondere mit rechtlicher Wirksamkeit gegen Dritte ausgestattet ist. Auch Gierke (Genossenschaftstheorie S. 450) vertritt die Ansicht, dass das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft nicht ohne Weiteres mit dem Privatvermögen der Gesellschafter identifizirt werden kann:[1])

---

1) Die Gesellschafter stehen zu dem einem gemeinsamen Zwecke dienenden Gesellschaftsvermögen in einer personenrecht-

Ziehen wir nun das Facit unserer vorstehenden Erörterungen, so ergiebt sich aus der strikt durchgeführten Trennung der Vermögensmassen, dass eine Verwendung von Gesellschaftsforderungen zum Zweck einer Kompensation mit Privatschulden der Gesellschafter verboten sein muss.

§ 13.

Es kann nicht genug betont werden, dass der Hauptzweck der Constituirung eines Sondervermögens dahin geht, die Baarfonds und Forderungen der Gesellschaft, die in erster Linie eine Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger sein sollen gegen eigenmächtige Eingriffe der Gesellschafter zu ihren Privatzwecken und ihrer Privatgläubiger zu schützen. Dieser Zweck würde aber nie zu erreichen sein, wenn die Gesellschafter oder gar deren Privatgläubiger jederzeit Forderungen zum Zwecke einer Kompensation dem Vermögen entnehmen könnten. Wir sehen demgemäss, dass schon die logische Konsequenz aus den Bestimmungen d. H.G.B. allgemeiner Natur über Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen eine Kompensation der fraglichen Art verbietet, dass der Art. 121 nur eine Festsetzung von Normen enthält welche sich aus der rechtlichen Stellung des Gesellschaftsvermögens von selbst ergeben, dass derselbe daher als

---

lichen Gebundenheit, welche sich unter der gemeinsamen Firma offenbart. Ebenso Behrend [Handelsrecht I S. 445]: Das Recht der Mitglieder der Gesellschaft an dem Vermögen ist nicht die Mitberechtigung des römischen Rechtes, sondern ein der gesammten Hand des älteren Deutschen Rechten nahestehendes Gesammtrecht.

eine Ergänzung und Spezialisirung der Art. 119 und 120 nur im Zusammenhange mit diesen hinsichtlich seiner Tragweite geprüft werden kann.

Die Basis jedoch, auf welcher fundirend wir zu der Verneinung der Kompensationsfrage gekommen sind, ist nicht unbestritten. Namentlich erkennen die Anhänger der Societätsnatur der offenen Handelsgesellschaft eine derartig scharfe Trennung der Vermögensmassen nicht an und von ihrem Standpunkte aus mit Recht, denn es ist allerdings richtig, dass man der römischen Societas einigen Zwang anthun muss, wenn man derartige gesetzliche Normen mit ihrem Wesen in Einklang bringen will. Aber andererseits lassen sich die citirten Artikel des Handelsgesetzbuches und somit die juristische Eigenart des Gesellschaftsfonds nicht so ohne Weiteres ganz aus der Welt schaffen, bleibt also nichts übrig, als einen Mittelweg zu finden.

§ 14.

Die Sonderung des Gesellschaftsfonds soll auf das obligatorische Mitrecht der Gesellschafter zurückzuführen sein und auf dem unter den Gesellschaftern bestehenden Rechtsverhältniss beruhen. Eingehend ist diese Idee von Laband in seiner Abhandlung „zur Dogmatik der Handelsgesellschaften“ [1]) begründet worden. Indessen bietet die Argumentation dieser Ausführungen mancherlei Angriffspunkte. Zugegeben, dass von den Artikeln des H.G.B., welche wir zum Beweise obiger Theorie herangezogen haben, die Mehrzahl vielleicht

1) Laband in Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. Handelsr. Bd. 31 S. 1 ff.

den „Rechtsverhältnissen der Gesellschafter untereinander“ angehören, so beweist dennoch gerade der Umstand, dass das Gesetz sie mangels vertragsmässiger Festsetzungen als bindend eingeführt hat, dass der Gesetzgeber sich die Handelsgesellschaft eben mit derartigen Eigenschaften ausgestattet vorstellt, also dem H.G.B. unsere Ansicht zum mindesten nicht widersprechen kann. Bei der Absonderung des Gesellschaftsfonds, so behauptet Laband[1]) handelt es sich nur um ein Rechtsverhältniss inter socios, das obligatorische Mitrecht des einen beschränke den andern in der vollständigen Herrschaft über sein Vermögen. Das könnte doch zu bedenklichen Konsequenzen führen. Das Rechtsverhältniss inter socios unterliegt in erster Linie den Vertragsbestimmungen, somit könnte die Absonderung des Gesellschaftsvermögens nach der Laband'schen Theorie nur erfolgen, wenn der Vertrag diesbezügliche Normen statuire, resp. subsidiär die Bestimmungen des H.G.B. über die Rechtsverhältnisse inter socios zur Anwendung kämen. Nun ist aber der Fall denkbar, dass zwei oder mehr Personen unter gemeinsamer Firma ein Handelsgewerbe betreiben, ohne dass ein Vertrag unter ihnen besteht, oder dass, falls ein Vertrag vorhanden, dieser sogar jedes Rechtsverhältniss der Gesellschafter unter einander ausschliesst und vielleicht ausdrücklich bestimmt, dass kein Sondervermögen der Gesellschaft existiren soll. Solche Fälle müssten vorkommen können, wenn man die Laband'sche These, dass das Sondervermögen der Gesellschaft unter die Rechtsverhältnisse inter socios gehöre, mithin etwas rein vertragsmässiges

1) Laband a. a. O. S. 5.

sei, ad consequentias führt. Trotzdem aber müssten richtiger Ansicht zufolge, also auch ohne, dass irgend ein Rechtsverhältniss inter socios besteht, die Bestimmungen der Art. 119 und 120 sowie überhaupt die ganze Serie 110—122 Platz greifen, denn es genügt schon die blosse Thatsache des Gewerbebetriebes unter gemeinschaftlicher Firma die Bestimmungen der Art. 119, 120, 111 mit Rechtswirkung gegen Dritte ins Leben zu rufen, somit auch die oben vertheidigte Trennung der Vermögensmassen, auch gegen den Willen der Gesellschafter, im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger herbeizuführen.

Als Beweis für seine Ausführungen fügt Laband [1]) hinzu: Die Grösse des Gesellschaftsvermögens sei nicht Gegenstand irgend welcher Rechte Dritter! Dem hält Weber [2]) mit Recht entgegen: „Nicht die Grösse, aber die Existenz eines Gesellschaftsvermögens ist Gegenstand des Rechts auch Dritter. Das Gesellschaftsvermögen kann ökonomisch gleich Null sein, juristisch besteht es und die socii können auf keine Weise hindern, dass es besteht und die Rechtsfolgen dieses Bestehens eintreten.“

Mit seiner Theorie des obligatorischen Mitrechtes kommt aber Laband einigermassen in's Gedränge, als er mit derselben auch die Art. 119—121 H.G.B. in Einklang bringen soll. An dieser Stelle argumentirt er in folgender Weise. [3])

---

1) Laband a. a. O. S. 6.

2) Weber zur Geschichte der Handelsges. im Mittelalter 1889 S. 8 Anm. 2. 2.

3) Weber a. a. O. Abs. 3.

Die Gläubiger des einzelnen Socius könnten nicht mehr Rechte haben, als dieser selbst und der neue Socius werde ja eben durch die obligatorischen Ansprüche der anderen socii beschränkt. Dagegen Weber: „Allein auch ein Privatgläubiger, welcher solidarischer Privatgläubiger aller einzelnen socii wäre, würde nicht Gesellschaftsgläubiger sein, und überdies bleibt problematisch, wie obligatorische Rechte der anderen socii die besagte dingliche Wirkung des Ausschlusses der Gläubiger von den dem Socius zustehenden Antheilen an den Gesellschaftssachen erzeugen sollen. Ständen dem Privatgläubiger nur Rechte der einzelnen anderen socii entgegen, so müsste die blosse Nichtgeltendmachung dieser Rechte ihn zum Gesellschaftsgläubiger machen und ihm den Zugriff ermöglichen, was nicht der Fall ist.“

§ 15.

Im Gegensatz zu Laband bleiben wir bei unserer Behauptung, dass die oben citirten Artikel d. H.G.B. zwar mit dem Charakter einer Societät unvereinbar sind, aber in Uebereinstimmung mit der Gesammthandnatur der offenen Handelsgesellschaft bestimmt genug den Gesellschaftsfonds als universitas iuris mit Rechtswirkung gegen Dritte charakterisiren und in weiterer Verfolgung dieses Princips zu einer Vereinigung der Möglichkeit einer Kompensation zwischen Privatforderungen und Gesellschaftsforderungen seitens des beklagten Gesellschafters führen müssen. Gleicher Ansicht ist Renaud.[1])

---

1) Renaud, das Recht der Kommanditgesellschaften 1881, S. 431. „So wurde denn nach Annahme der Redaktions-

Ebenso das R.O.H.G. [1]) „Es handelt sich darum, gewisse aus dem Bedürfniss des Handelstandes, wonach der Thatsache, dass der Handlungsfonds der Gesellschaft, die wirthschaftliche Grundlage des Geschäftsbetriebes, die für ihre Wirksamkeit nothwendige rechtliche Anerkennung gewährt werden sollte, früh in Bezug auf die Handelsgesellschaft entwickelte, von der gemeinrechtlichen Societätslehre abweichende Sätze des Handelsgewohnheitsrechts gesetzlich zu sanktioniren."

§ 16.

Bisher haben wir die Frage der Kompensation, ohne Zuziehung des Art. 121 einzig auf Grund logischer Deduktionen und Schlussfolgerungen aus der Natur der Handelsgesellschaft und des Gesellschaftsvermögens betrachtet und sind zu dem Resultate der Verneinung gelangt. Es fragt sich, ob die Frage eine andere Gestaltung annimmt, wenn wir nun auch den Art. 121 heranziehen?

Ueber die Anwendbarkeit des Art. 121 auf unseren Fall, wo der verklagte Gesellschafter mit einer Gesellschaftsforderung gegen seine Privatschulden aufrechnet, ist ein heftiger Streit der Meinungen entbrannt. Meine Ueberzeugung in dieser Frage geht dahin, dass gerade der genante Fall besonders dem Gesetzgeber bei Schaffung

---

kommissionsvorschläge über die definitive Fassung und die Stellung der Art. im allgem. D.H.G.B. zwar nicht das Princip formuliert, dass das Vermögen der Handelsgesellschaften ein abgesondertes Ganzes bilde, wohl aber diese Rechtsauffassung durch Shnktionirung ihrer praktisch wichtigen Konsequenzen anerkannt."

1) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 24 S. 161.

des Artikel 121 vorgeschwebt hat und auf Grund des oben Ausgeführten, wonach dieser Artikel mit seinen Vorgängern 119 und 120 dazu dienen soll, der Trennung der Vermögensmassen die gesetzliche Regelung zu geben, müssen wir ihm eine eben auf unseren Fall sich erstreckende Interpretation zu Theil werden lassen. „Eine Kompensation u. s. w. findet weder ganz noch theilweise statt," diese Worte schliessen peremptorisch jede Kompensation schlechthin aus, mag sie nun vornehmen, wer will, ein zur Vertretung befugter oder von derselben ausgeschlossener Gesellschafter, mit oder ohne Zustimmung der Gesellschaft. In dieser Auffassung werden wir bestärkt, wenn wir uns den Hergang bei einer solchen Kompensation ins Gedächtniss rufen. Der mit einer Gesellschaftsforderung kompensirende Gesellschafter disponirt nicht nur über Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens, sondern er macht auch eine Einrede der Gesellschaft im Prozesse geltend. Für den nicht zur Vertretung zugelassenen Gesellschafter ist aber beides schon durch Artikel 115 [1]) und 117 H.G.B. ausgeschlossen, für ihn also wäre das Verbot des Art. 121 überflüssig, eine unnöthige Spezialisirung der Art. 115 und 117. Es kann demnach der Gesetzgeber nur den Fall im Auge gehabt haben, dass ein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigter Gesellschafter eine Forderung der Gesellschaft zu seinen Privatzwecken compensando verwerthet. Auch wird gewiss in der Praxis des Handelsverkehrs die Frage der Kompensation seitens

---

1) Die Gesellschaft wird durch Rechtsgeschäfte eines Gesellschafters nicht verpflichtet, wenn derselbe von der Befugniss, die Gesellschaft zu vertreten, ausgeschlossen u. s. w.

eines vertretungsbefugten Gesellschafters weitaus häufiger streitig werden, als der entgegengesetzte Fall. In der Litteratur nun herrscht über die Anwendbarkeit des Art. 121 gegenüber den vertretungsberechtigten Gesellschaftern heftiger Streit und selbst die Ansichten derer, welche die Anwendbarkeit verfechten, gehen in der Begründung vielfach auseinander.[1]) Von den angeführten Schriftstellern betonen jedoch Lastig und von Hahn, dass eine Kompensation nur um dessentwillen ungültig sei, weil der kompensirende Gesellschafter „für eigene Rechnung“ „im eigenen Namen“ die Gesellschaftsforderung verwerthet. Für die Beurtheilung der Zulässigkeit der fraglichen Kompensation, kommt aber m. E. auf die Geltendmachung im eigenen Namen wenig an. Durch Handlungen eines Gesellschafters im eigenen Namen kann schon laut Art. 114 Abs. 2[2]) eine rechtliche Verbindlichkeit der Gesellschaft gar nicht eintreten; es kann sich nur darum handeln, ob ein Gesellschafter als solcher in gültiger Weise mit einer Forderung der Gesellschaft aufrechnen kann, und das will gerade Art. 121 verbieten im Interesse der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens für die Gesellschafts-

---

1) Staub, Comm. d. allgem. D.H.G.B. 3. u. 4. Aufl. 1895 zu Art. 121 S. 299. Lastig in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 1 S. 396. v. Hahn, Comm. d. allgm. D. H.G.B 2. Aufl. Bd. 1 zu Art. 121 S. 383. Garreis, das Handelsr. S. 162. Cosack, Lehrbuch des Handelsr. 2. Aufl. S. 488. Thöl, das Handelsger. 6. Aufl. Bd. 1 S. 331. Entsch. d. R.G. in Civilsachen Bd. 10 Nr. 12 S. 50.

2) Die Gesellschaft wird durch Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen abschliesst, berechtigt und verpflichtet.

zwecke. Zu ganz anderen Resultaten kommen Laband, Renaud, und das R.O.G.[1]) Laband, der sich schon mit der Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Privatvermögen der Gesellschafter nur bis zu einem gewissen Grade einverstanden erklärt, bestreitet entschieden, dass man dem Art. 121 eine derartige Tragweite beilegen dürfe, wie es der herrschenden Ansicht zufolge geschieht. Der nicht zur Vertretung zugelassene Gesellschafter darf allerdings nach Labands Ansicht laut Bestimmung des Art. 121 nicht kompensiren. Der zur Vertretung befugte Gesellschafter dagegen kann alle Rechtshandlungen für die Gesellschaft vornehmen, er verpflichtet die Gesellschaft in jeder Hinsicht, also auch durch eine Verwendung ihrer Forderungen zu seinen Kompensationszwecken privater Natur; es tritt daher, abgesehen von einer Kollusion mit dem Privatgläubiger, bei einer derartigen Kompensation nach aussen vollkommen Rechtsbeständigkeit ein. Die Frage, ob ein Gesellschafter zur Vornahme der Kompensation berechtigt ist, kann sich also lediglich nach den Principien bezüglich der Rechtsverhältnisse inter socios entscheiden. Sicherlich entgeht es Laband nicht, dass er sich mit dieser Ansicht in einer eigenartigen Stellung gegenüber dem Art. 121 befindet, er sucht jedoch den Widerspruch mit dem offenbaren Wortlaut und Sinn des Art. 121. durch eine besondere Interpretation dieses Artikels, namentlich hinsichtlich seiner Stellung im Gesetz zu beseitigen und behauptet, dass die Subsumption der Normen über die Kompensation unter die „Rechtsver-

1) Laband in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 31 S. 10 ff. Renaud, a. a. O. S. 439. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 9 S. 429. Behrend, Lehrbuch d. H.R. 2. Aufl. 1886 S. 553. Puchelt, Comm. d. allg. H.G.B 2. Aufl. Bd. 1 zu Art. 121 S. 221.

hältnisse zu dritten Personen“ ein logischer Fehler sei, dass dieselben nicht, wie es ihrer Stellung nach den Anschein habe, stricti iuris seien, sondern lediglich als sich auf die Wirkungen des Societätsverhältnisses der Gesellschafter Dritter gegenüber beziehend, dispositives Recht darstellten.[1])[2]) Diese Argumentation ist wiederum anfechtbar, denn bei Interpretation eines Gesetzespassus soll man aus den positiven Bestimmungen desselben, seiner Stellung im Gesetzbuch u. s. w. die ihm beizumessende Tragweite abstrahiren und nicht umgekehrt, weil man glaubt, ihm einen anderen Sinn und eine geringe Tragweite beimessen zu müssen, behaupten, er gehöre an einen anderen Platz. Der Grund, weshalb Laband hier von der einfachen Interpretationsweise abweicht, ist wohl in seinem allzu konsequenten Festhalten an dem Societätscharakter der offenen Handelsgesellschaft zu suchen; denn da man aus dem Art. 121 wieder Schlüsse auf die von den Bestimmungen der römischen societas abweichende juristische Natur des Gesellschaftsfonds gezogen hat und ziehen muss, so gilt es für die Verfechter der Societätsnatur, die Tragweite dieses Artikels nach Möglichkeit abzuschwächen, falls man nicht mit der eigenen Theorie in Widerspruch gerathen will. Doch mit einer solch oberflächlichen Kritik lassen sich die ausserordentlich scharfsinnigen Deduktionen Labands nicht widerlegen, vielmehr bedarf es eines näheren Eingehens auf den Gang seiner Beweisführung.

1) Laband a. a. O. S. 8.

2) ergo für die Vertretungsbefugniss eines Gesellschafters Dritten gegenüber (Art. 116) keine Einschränkung enthalten könnten.

§ 17.

Zweifellos erscheint in der ganzen Tendenz seiner Festsetzungen dem Art. 121 am meisten analog der Art. 119. Von dem Gesichtspunkte dieser Analogie aus folgert nun Laband:[1]) Dass Privatgläubiger eines Gesellschafters keine Verfügung über den Gesellschaftsfonds haben sollen, steht nach Art. 119 fest, aber damit ist nicht gesagt, dass nicht ein Privatgläubiger rechtswirksam aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden kann. Natürlich! Denn jeder Gesellschafter kann auf Grund des Art. 114 jeden Betrag aus der Gesellschaftskasse zu jedem beliebigen Zweck entnehmen, also auch zur Befriedigung seiner Privatgläubiger. Auf Grund der Analogie zieht nun Laband die Schlussfolgerung, dass dem Gesellschafter auch die Kompensation gestattet sein müsse. Die ähnliche Tendenz beider Artikel zugegeben, können wir doch die daraus entnommenen Konsequenzen nicht für zutreffend erachten. Denn, während Art. 119. expressis verbis sagt: „Die Privatgläubiger eines Gesellschafters sind nicht befugt, u. s. w.“, drückt sich Art. 121 folgendermassen aus: „Eine Kompensation . . . findet nicht statt“; sicherlich doch eine viel weitere Fassung. Wir würden Laband mit seiner restriktiven Interpretation vollkommen Recht geben, wenn Art. 121 lautete: „Dem Privatgläubiger steht eine Kompensation u. s. w. nicht zu.“ Nun behauptet Laband weiter,[2]) das Kompensationsverbot sei deshalb auf den zur Vertretung zugelassenen Gesell-

1) Laband a. a. O. S. 10.
2) Laband a. a. O. S. 13.

schafter nicht anwendbar, weil darin eine Beschränkung der Dispositionsbefugniss des Gesellschafters liege, welche dem Art. 116 des H.G.B. zufolge unstatthaft sei. Da kommt es aber doch sehr darauf an, wie man wiederum Art. 116 interpretirt. „Eine Beschränkung des Umfanges der Befugniss eines Gesellschafters, die Gesellschaft zu vertreten, hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung", diese Worte lassen sich nur so deuten, dass eine Beschränkung, welche in dieser Richtung etwa von den Gesellschaftern selbst eingeführt würde, der Rechtswirksamkeit gegen Dritte entbehren sollte, unmöglich wird der Gesetzgeber beabsichtigt haben, sich für alle künftigen Zeiten mit diesem Artikel die Hände zu binden, was der Fall wäre, wenn man ihm den Sinn beilegte, dass auch jede Beschränkung von Gesetzeswegen nichtig sein soll, mithin die Gesetzgebung bezüglich dieser Rechte des Gesellschafters überhaupt keine abweichende Normen solle einführen können. Alle Gesetzesbestimmungen, welche sich als stricti iuris charaktirisiren, sind nur aufzufassen als unveränderlich durch Parteivereinbarungen, nicht auch als unerschütterlich gegenüber dem Gesetz; nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist es also völlig zulässig, dass der Art. 121 eine Abweichung von dem Princip der Art. 116 für einen einzelnen Fall statuirt. Jede lex specialis geht einer allgemeinen Norm vor; das Kompensationsverbot des Art. 121 muss demnach der allgemeinen Fassung des Art. 116 vorgehen und diese bezüglich der in Frage stehenden Kompensation einschränken. Die m. E. irrthümliche Basis, auf welcher Laband zu seiner Behauptung gelangt, ist also die, dass er den Art. 121 zu Art. 116 in Gegensatz bringt und dabei dem letzteren

den Vorzug giebt. Sehen wir uns nun das praktische Resultat an, zu welchem wir auf Grund der Labandschen Deduktion gelangen, so ergiebt sich, dass danach der Art. 121 so gut wie überflüssig wäre. Der nicht vertretungsbefugte Gesellschafter kommt, wie oben ausgeführt, für die Frage der Kompensation schon auf Grund des Art. 115 gar nicht in Betracht, Laband schliesst nun auch die Anwendbarkeit des besagten Artikels auf die zur Vertretung zugelassenen Gesellschafter aus, bleibt also nur der Fall, dass ein aus einer Gesellschaftsschuld verklagter Privatgläubiger eines Gesellschafters kompensirt und dafür wäre doch die Fassung von Art. 121 eine sehr ungeschickte, zumal für diesen Fall das Verbot des Art. 119 vollkommen ausreichen würde und das Gesetz sich dann wahrscheinlich analog dem Art. 120 in der Art ausgedrückt haben würde! „Die Bestimmungen des Art. 119 gelten auch in Betreff der Privatgläubiger, welche Schuldner der Gesellschaft sind, bezüglich einer Kompensation ihrer Forderung mit ihrer Schuld.“

Wir sehen uns dennoch veranlasst, entgegen Laband und Renaud gerade dem vertretungsberechtigten Gesellschafter, welcher wegen einer Privatforderung belangt wird, die Kompensation mit Gesellschaftsforderungen auf Grund des Art. 121 zu untersagen.

§ 18.

Nachdem wir rücksichtlich des vorstehenden Falles uns im Allgemeinen über die Zulässigkeit der Kompensation schlüssig geworden sind, müssen wir kurz noch einige Specialfragen zur Sprache bringen, die bei einer derartigen Kompensation streitig werden könnten.

1. Wird die Entscheidung über die Kompensationsfrage eine andere, wenn der wegen einer Privatschuld von seinem Gläubiger in Anspruch genommene Gesellschafter seinerseits eine Forderung gegen die Gesellschaft hat aus Kontrakten, die er als Privatmann mit der Gesellschaft abgeschlossen hat; kann hier der Gesellschafter die Gesellschaftsforderung mit seiner Privatschuld kompensiren und dagegen seine Forderung an die Gesellschaft fallen lassen? Rein vom praktischen Standpunkte betrachtet wäre gegen ein derartiges Vorgehen kaum etwas einzuwenden, denn die Gesellschaft erleidet keinerlei Nachtheile, indem nunmehr eine Schuld, welche sie (hier an den Gesellschafter) zu zahlen hatte, in Wegfall gekommen ist und somit der Fonds der Gesellschaft nicht vermindert wurde. Juristisch dagegen liegt die Sache anders. Im Falle der Zulassung besagter Kompensation würde man die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft zu Dritten von den Beziehungen der Gesellschafter untereinander abhängig machen, im schroffsten Gegensatz zu der ratio der Bestimmungen des H.G.B. Die Art. 110—122 über die Rechtsverhältnisse zu Dritten kommen zur Anwendung, einerlei ob die Gesellschafter sie wünschen oder nicht, ob im Einzelfalle die Gesellschaft Schaden oder Vortheil davon hat, sie treten ipso iure in Kraft, sobald für sie die Voraussetzungen gegeben sind. So auch hier. Das Verbot der Kompensation besteht mit voller Rechtswirksamkeit gegen Dritte und zwar ganz unabhängig davon, ob die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander eine derartige Kompensation als gerechtfertigt, oder gar im Interesse der Gesellschaft zur Vereinfachung ihres Geschäftsbetriebes wünschenswerth

erscheinen lassen. Dagegen ist wohl nicht zu bestreiten, dass der Gesellschafter seine Forderung gegen die Gesellschaft, welche ihm als Privatmann zusteht, seinem Privatgläubiger cediren kann; dadurch bekommt jedoch der Fall ein ganz verändertes Aussehen, jetzt ist es nicht mehr der Gesellschafter, bezüglich dessen die Frage der Kompensationsbefugniss streitig ist, sondern der Privatgläubiger, welcher gegen Cession der Forderung des Gesellschafters an die Gesellschaft auf seine Privatforderung gegen den Gesellschafter verzichtet hat, vereinigt in seiner Hand eine Forderung an die Gesellschaft und eine Schuld gegenüber derselben. Natürlich steht einer solchen Kompensation handelsrechtlich nichts im Wege. Ebenso, wie eine Forderung aus aussergesellschaftlichen Kontrakten, kann aber der Gesellschafter Forderungen wegen rückständiger Zinsen und Gewinnantheile an seinen Privatgläubiger cediren, steht doch auf Grund des Art. 119 H.G.B. auch dem Privatgläubiger selbst der Zugriff in diese Forderungen offen. „Gegenstand der Exekution kann für die Privatgläubiger nur das sein, was der Gesellschafter selbst an Zinsen und Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist."

§ 19.

2. Kann die Gesellschaft einem ihrer Gesellschafter eine Forderung cediren, damit dieser sie compensando gegen seine Privatschulden verwende? Gewiss, eine derartige Cession ist zulässig, doch muss sie von einem „Geschäftsführer" vorgenommen werden, ob derselbe zur Vertretung der Gesellschaft nach aussen berechtigt ist, bleibt für die Entscheidung gleichgültig, da die Cession einer Gesellschaftsforderung an den einzelnen

Gesellschafter nur eine res interna der Gesellschaft darstellt. Andererseits ist Art. 103 [1]) zufolge wohl ein Beschluss der sämmtlichen Gesellschafter einzuholen; die Frage, ob ein solcher Beschluss durch das wissentliche Geschehenlassen der Kompensation ersetzt werden kann, gehört in das allgemeine bürgerliche Recht. Diesen Ausführungen könnte man vielleicht den Wortlaut des Abs. 2 Art. 121 entgegenhalten. „Nach Auflösung der Gesellschaft ist sie zulässig, wenn und insoweit die Gesellschaftsforderung dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist“ und daraus entnehmen, dass auch eine Cession nur nach Auflösung der Gesellschaft bei der Auseinandersetzung möglich sei. Aber ist diese Auslegung richtig? Sicherlich nicht! Der Schlusssatz des Art. 121 will nur besagen, dass eine Kompensation nicht nur während des Bestehens, sondern auch während der Liquidation der Gesellschaft ausgeschlossen sei, sofern die Forderung nicht durch Ueberweisung die Gestalt einer Privatforderung angenommen habe. Das Verbot einer Cession überhaupt kann man daraus nicht entnehmen.

§ 20.

3. Kann ein Gesellschafter sich die zum Gesellschaftsfonds gehörende Forderung selbst cediren und alsdann die Kompensation gegen seine Privatschuld ins Werk setzen [2])? Diese Frage greift ebenfalls erst sekundär

---

1) Ein Beschluss der sämmtlichen Gesellschafter muss vor der Vornahme von Geschäften eingeholt werden, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen oder welche dem Zweck derselben fremd sind.

2) Bejahend Behrend Lehrb. 1. Auflage S. 533. Anm. 7.

in unsere Untersuchung ein, — in erster Linie gehört sie ins allgemeine bürgerliche Recht — kann deshalb auch nur gestreift werden. Wie oben zu Fall 2 kommt hier auf das Vorhandensein oder Fehlen der nach aussen gerichteten Vertretungsbefugniss des an sich selbst cedirenden Gesellschafters gar nichts an, es handelt sich um Existenz oder Nichtexistenz der Legitimation zur Geschäftsführung, denn auch hier wird die Gesellschaft Dritten gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet. Der Streit über die Zulässigkeit der Cession dreht sich in erster Linie um die bürgerlich rechtliche Frage, in wieweit kann ein Stellvertreter Rechtsgeschäfte mit sich selbst abschliefsen. Hierüber herrscht vielseitige Meinungsverschiedenheit. Römer [1]) entscheidet sich in einer eingehenden Abhandlung für die Zulässigkeit, wenigstens im Allgemeinen und soweit die Geschäfte offen und ehrlich gemeint sind. [2]) Für uns hat nur das Resultat Interesse; ist eine derartige Cession nämlich gestattet, so liegt auch kein Hinderniss für die Kompensation mehr vor — aber freilich ist nicht zu verkennen, dass in diesem, wie in dem vorhergehenden Falle mit der Cession die Forderung ihren Charakter als Gesellschaftsforderung verloren hat, diese Fälle demnach nicht als Ausnahme von dem oben anerkannten Princip des Kompensationsverbotes angesehen werden können.

§ 21.

4. Ist eine Kompensation mit dem Theile der Gesellschaftsforderung zulässig, welcher dem einzelnen Gesell-

1) Römer in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 29 S. 67 ff.

2) Römer a. a. O. S. 92.

schafter etwa zusteht? Die Beantwortung dieser Frage ergiebt sich als eine Konsequenz aus unseren obigen Untersuchungen über die Natur des Gesellschaftsvermögens. Erstens ist schon im Gesetzbuche durch die oben citirten Artikel für die Einheit und Untheilbarkeit des Gesellschaftsfonds und damit für die Untheilbarkeit der einzelnen Forderungen gesorgt; der Rechtssatz: nomina ipso iure sunt divisa kommt weder bei den Activis noch bei den Passivis der offenen Handelsgesellschaft zur Anwendung.[1]) Zweitens bestimmt das Gesetzbuch speciell, dass eine Kompensation weder ganz noch theilweise stattfinden solle. Die Verfechter des Societätscharakters der offenen Handelsgesellschaft müssen allerdings auch in diesem Falle, wenn sie anders konsequent sein wollen, zu einem anderen Resultate gelangen. Bei der Societät sind die nomina ipso iure divisa, jedem Gesellschafter steht pro rata seines Geschäftsantheiles eine Verfügung über das Vermögen der Societät zu; ergo kann er diesen Theil seines Vermögens auch im Wege der Kompensation gegen seine Privatschulden zur Verwendung bringen.

§ 22.

Bisher haben wir nur den Fall im Auge gehabt, dass ein wegen seiner Privatschuld in Anspruch genommener Gesellschafter mit einer Forderung der Gesellschaft aufrechnet. Der korrespondierende Fall ist der: Ein Gesellschaftsschuldner wird verklagt, der als Privatgläubiger eines der Gesellschafter seine

---

1) cf. Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. z. allg. D.H.G.B. 1870 2. Bd. S. 262.

Privatforderung zum Zwecke der Kompensation verwendet. Wir betrachten diesen Fall, um das vorwegzunehmen, als den zweiten aus der Kategorie der Kompensation zwischen Gesellschaftsforderungen und Privatforderungen an den Gesellschafter; auch er fällt unter Art. 121, auch für ihn entscheiden wir uns im Sinne der Unzulässigkeit einer Aufrechnung. Wir stützen auch diese Ansicht wiederum auf die Trennung der Vermögensmassen, sowie auf Art. 121 des Handelsgesetzbuches. Die Begründung ist im Wesentlichen dieselbe wie zu Fall 2, nur sei hier noch einiges hinzugefügt, was an dieser Stelle als besonders beachtenswerth erscheint. Die Dispositionsbeschränkung des Gesellschafters infolge der Trennung der Vermögensmassen gestattet es ihm nicht, über seinen Antheil an dem Gesellschaftsvermögen zu verfügen, ihn beliebig der Gesellschaft zu entziehen, zu veräussern u. s. w. Ebensowenig kann laut Art. 119 ein Privatgläubiger sich eine Verfügung über den Geschäftsantheil seines Schuldners erlauben. Deshalb kann auch Jemand, der zugleich Schuldner der Gesellschaft und Privatgläubiger eines Gesellschafters ist, seine Forderung gegen seine Schuld nicht aufrechnen. „Allerdings gehört wenigstens eine Quote seiner Schuld eben dem Gesellschafter, gegen den er eine Forderung hat, allein die Quote ist zu Gunsten der Gesellschaft gebunden, deshalb darf auch der Schuldner, sowenig er die Quote privatim an den einzelnen Gesellschafter bezahlen darf, sowenig sie durch privative Aufrechnung mit ihm tilgen". [1]) Scheinbar hat ein derartiges Kompensationsverbot nur geringe oder gar keine praktische

1) Cosack Lehrbuch. (S. 486 2. Aufl.)

Bedeutung; ein Umstand, welcher einzelne Autoren, darunter z. B. Goldschmidt[1]) veranlasst hat, die Bestimmungen des H.G.B. über die Kompensation überhaupt für überflüssig zu erklären. Allerdings wird die Lage des Gesellschaftsfonds bei der Zulassung der Kompensation in den meisten Fällen wohl thatsächlich keine schlechtere, wenigstens, soweit die Gesellschafter kreditkräftige und anständige Leute sind, denn die Gesellschaft hat dafür, dass ihre Forderung gegen die Privatschuld des Gesellschafters in Aufrechnung gebracht ist, einen Anspruch in gleicher Höhe gegen den Gesellschafter. Thatsächlich ist die Gesellschaftskasse freilich insofern gelegentlich schlechter gestellt, als sie statt der Baarfonds, die sie im Falle einer Zahlung bekommen hätte, jetzt infolge der Kompensation nur wiederum eine Forderung — gegen den betreffenden Gesellschafter — erhält. Rechtlich betrachtet, ist das Verhältniss indessen doch etwas anders. In dieser Hinsicht ist es nicht gleichgültig, ob die Gesellschaft ihre Forderung ausbezahlt bekommt, oder, ob sie dafür lediglich einen Anspruch gegen einen ihrer Gesellschafter eintauscht. Die eingezahlte Baarsumme oder das Aequivalent derselben, vermehrt das feste Vermögen der Gesellschaft und erhöht namentlich die Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger, ein Anspruch gegen einen Gesellschaftsgläubiger ist dagegen keineswegs für das Gesellschaftsvermögen absolut sicher und erst recht nicht für die Gesellschaftsgläubiger, er gehört in die res internae der Gesellschafter, kann daher, ohne dass die Gesellschafts-

1) Goldschmidt in der Heidelberger krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 179, 183.

gläubiger Gegenmassregeln ergreifen können, dem Gesellschafter gestundet, ja ganz erlassen werden. Demnach hat also, wenn wir die Kompensation zulassen, der Privatgläubiger, der seine Schuld durch Aufrechnung mit einer Privatforderung getilgt hat, einen durchaus ungerechtfertigten Vortheil auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger, während die Tendenz der Art. 119—121 gerade durch die Sonderung der Vermögensmassen eine grössere Sicherung der Gesellschaftsgläubiger herbeiführen will. Ferner ist die Unzulässigkeit der Kompensation in diesem Falle nur die Kehrseite des zuerst behandelten Verbotes der Aufrechnung mit einer Gesellschaftsforderung auf Seiten eines Gesellschafters; denn wenn man aus der Natur des Gesellschaftsvermögens die Nichtverwendbarkeit der ihm angehörenden Forderungen zur Aufrechnung für Privatzwecke überhaupt folgert, muss man dieses Princip auch dann gelten lassen, wenn ein Gesellschaftsschuldner sich von seinen Verbindlichkeiten dadurch befreien will, dass er mit Privatforderungen kompensirt. Die gleiche Gefahr der Minderung des Gesellschaftsvermögens hat den Gesetzgeber veranlasst, das Verbot des Art. 121 so zu formulieren, dass die Anwendbarkeit desselben, sowohl auf diesen, wie auf den vorigen Fall als gerechtfertigt erscheinen muss.

§ 23.

Klagt nun aber die Gesellschaft unter ihrer Firma eine Forderung ein, so kann der Schuldner, ganz abgesehen von Art. 121 schon aus dem Grunde nicht kompensiren, weil das für jede Kompensation wesentliche Erforderniss der Gegenseitigkeit der geltend zu

machenden Ansprüche vollkommen fehlt. Es ist allerdings der Schuldner der Gesellschaftsforderung, der Beklagte, zwar Gläubiger der privaten Gegenforderung gegen den Gesellschafter, nicht aber der Gläubiger der Gesellschaftsforderung, die Gesellschaft, zugleich Schuldnerin der Privatforderung. Wenn man die Haftbarkeit der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft auch noch soweit ausdehnen mag, und das Privatvermögen den Zwecken der Gesellschaft in noch soweit gehendem Maasse dienstbar macht, niemals wird man zu solcher Gütergemeinschaft gelangen, dass man umgekehrt das Gesellschaftsvermögen auch für Privatschulden haften lässt, mit anderen Worten, die Gesellschaft Schuldnerin der Privatschulden ihrer Mitglieder wird.

§ 24.

Wird nun die Lage der Dinge eine andere dadurch, dass ein zur Vertretung der Gesellschaft legitimirter Gesellschafter das Erlöschen der Gesellschaftsordnung durch Aufrechnung mit einer Privatschuld eines andern Gesellschafters vertragsweise geschehen lässt. M. E. keineswegs: Entweder sind die Forderungen an sich kompensabel, oder sie sind es nicht; sind sie es, so tritt die Kompensation kraft Gesetzes ein, gleichgültig, ob ein vertretungsberechtigter Gesellschafter zustimmt oder nicht. Sind sie von Rechtswegen nicht kompensabel, so kann auch ein vertretungsberechtigter Gesellschafter trotz seiner weitgehenden Machtbefugnisse schwarz nicht weiss werden heissen. Die Einrede der Kompensation ist ein festes Recht des Beklagten, welches nicht davon abhängig sein kann, ob der Kläger sich mit der Vornahme und Geltendmachung einverstanden erklärt. Die Gegner

behaupten nun, dass die Forderungen an sich noch gar nicht kompensabel sind — Gläubiger der Gesellschaftsforderung ist die Gesellschaft,[1]) welche aber nicht Schuldner der Privatforderung ist — sondern erst durch die Zustimmung eines vertretungsberechtigten Gesellschafters die Voraussetzungen gültiger Aufrechnung erlangen. Wollten wir selbst dieses einmal zugeben, so kämen wir damit doch nur auf die alte Streitfrage: „Kann der vertretende Gesellschafter, trotz Art. 121 eine Kompensation vornehmen (hier zulassen) mit anderen Worten geht bei der Kollision der Art. 116 u. 121 der letztere oder der erstere vor". Die Argumentation bleibt alsdann im Wesentlichen dieselbe wie oben, dergleichen kann auch das Resultat kein anderes sein. Vielmehr meinen wir, wenn überhaupt der Art. 121 auch für diesen zweiten Fall, den er mit seinem Wortlaut noch deutlicher umfasst, als den erstgenannten, Bedeutung haben soll, so muss er gerade den Thatbestand umfassen, dass ein vertretungsberechtigter Gesellschafter die von ihm eingeklagte Forderung für rechtsgültig kompensabel mit einer Privatforderung des Beklagten erklärt. Beweis: Der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter kommt nicht in Frage, weil er ja, wie verschiedentlich betont, eine gültige Verbindlichkeit der Gesellschaft nach aussen überhaupt nicht begründen, demnach eine Gesellschaftsforderung nicht einmal einklagen, geschweige denn mit ihr aufrechnen kann. Der Privatgläubiger allein kann nicht mit Rechtswirksamkeit

---

1) Natürlich meinen früheren Ausführungen entsprechend nicht als jur. Person, sondern als die „Summe der Gesellschafter" zur gesammten Hand.

kompensiren, weil die Forderungen an sich noch gar nicht kompensabel sind. Eine Kompensation mit Zustimmung des vertretungsberechtigten Gesellschafters, fällt nach Laband nicht unter das Verbot des Art. 121. Bliebe also für den Fall der Kompensation einer Gesellschaftsforderung mit einer Privatschuld seitens des Privatgläubigers dieser Artikel gänzlich ausser Anwendung, und da es, wie oben gezeigt, mit der Kompensation seitens eines beklagten Gesellschafters nach der gegnerischen Ansicht nicht anders steht, so wären wir schliesslich mit den Behauptungen der Gegner dahin gekommen, dass Art. 121 vollkommen überflüssig wäre. Dahin würde uns die äusserste Konsequenz aus Laband's Ansicht führen, einer Ansicht, der sich für den zuletzt behandelten Fall noch Staub u. a. anschliessen,[1]) während Renaud[2]) zu dem Resultate obiger Darstellung gelangt, gleicher Weise v. Hahn, Lastig, Gareis u. A. In der Begründung weicht v. Hahn ab, welcher auch hier wieder die Zulässigkeit darum bestreitet, weil der Gesellschafter nicht über die Gesellschaftsforderung im eigenen Namen verfügen könne. Dass es hierauf nicht ankommt, haben wir schon an anderer Stelle betont. Die Hauptargumente der Gegner sind anscheinend von dem Gedanken diktirt, dass derartige Bestimmungen, wie sie der Art. 121 festsetzt, mit der Societätsnatur

---

1) Laband a. a. O. S. 14. Staub, Comm. 3. u. 4. Aufl. S. 209. Anschütz u. v. Völderndorff, Comm. 1870, Bd. 2 S. 261. Puchelt, Comm. 2. Aufl. Bd. 1 S. 222,4.

2) Renaud a. a. O. S. 436. Behrend a. a. O. S. 533. Cosack, Lehrbuch S. 486. Thöl, das H.R. 6. Aufl. Bd. 1 S. 331. Gareis, H.R. S. 161 Ziffer 1. v. Hahn, Comm. 2. Aufl. S. 382. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 13 Nr. 95.

der offenen Handelsgesellschaft nicht übereinstimmen und sie deshalb in ihrer Tragweite eingeschränkt werden müssen. Ein deutlicher Beweis dafür ist die Begründung der Ablehnung des Art. 121, welche Goldschmidt[1]) seiner Zeit veröffentlichte: „Mit einer Privatforderung, welche ihm, (dem Gesellschaftsschuldner) gegen den Kläger (Gesellschaft) zusteht, aber offenbar nur bis zur Höhe des klägerischen Antheiles an der eingeklagten Societätsforderung, da nur insoweit der Kläger für sich auftritt, in Betreff der übrigen Theile als Vertreter seiner Genossen". Dass dieses anfechtbar, bedarf nach den obigen Erörterungen wohl keiner eingehenden Begründung. Interessant sind auch die Ablehnungsmotive praktischer Natur, welche Goldschmidt an derselben Stelle vorbringt und die hier zur Ergänzung unserer Ausführungen Platz finden mögen. Die Gesellschaft erleide durch die Zulassung der Kompensation auf Seiten des Gesellschaftsschuldners keinerlei Ausfälle, indem der Gesellschafter Ersatz für die untergegangene Gesellschaftsforderung an die Gesellschaftskasse zu leisten habe. Sei er unvermögend, so werde freilich die Gesellschaft von einem Ausfall betroffen, aber das werde in demselben oder in höherem Grade von anderweitigen Dispositionen eines zahlungsunfähigen Gesellschafters, welchen vorzubeugen sie kein Mittel besitze. Das erstere ist einleuchtend, dagegen lässt sich dem letzten Satze entgegen halten: Gerade der Art. 121 gibt doch bei der oben aufgestellten Interpretation durch die Unzulässigkeit der Kompensation ein wichtiges Mittel in die Hand, um den Ein-

1) Goldschmidt in der Heidelb. krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtsw. Bd. 4 S. 189 u.

griffen der Gesellschafter den Gesellschaftsfonds zu verschliessen und der weitgehenden Dispositionsbefugniss derselben die für die Gesellschaftskasse und die Gläubiger der Gesellschaft gefährlichsten Konsequenzen zu nehmen.

§ 25.

So scharf wir nun aber in dem zuletzt behandelten Falle das Kompensationsverbot durchgeführt wissen wollten, so steht natürlich auch hier nichts entgegen, dass der Erfolg einer derartigen Kompensation auf Umwegen herbeigeführt wird. So kann selbstverständlich gelegentlich eine Forderung der Gesellschaft durch Cession an einen Gesellschafter übergehen, ebenso kann durch Schuldübernahme seitens der Gesellschaft gegebenen Falles die Privatschuld zu einer Gesellschaftsschuld werden, weder hier noch dort steht der Aufrechnung ein gesetzliches Hinderniss im Wege, aber die Forderung resp. Schuld hat damit auch den Charakter verloren, bezüglich dessen die Frage entstanden war.

§ 26.

Zu den „Forderungen an einen offenen Handelsgesellschafter," denen der erste Theil unserer speciellen Untersuchung gilt, zählen aber nicht nur die Privatforderungen gegen den Gesellschafter, sondern, infolge der unbeschränkten Solidarhaft der offenen Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft, nicht minder die Forderungen gegen die Gesellschaft, sobald sie gegen einen einzelnen Gesellschafter eingeklagt werden. Im Allgemeinen betrachtet, steht einer Kompensation mit einer Gesellschaftsforderung von Seiten eines Gesell-

schafters, welcher aus Gesellschaftsschulden belangt wird, nichts im Wege. Handelsrechtlich ist hier jedoch die Frage zu entscheiden, ob nur ein zur Vertretung legitimirter Gesellschafter rechtlich wirksam und für die Gesellschaft verbindlich kompensiren kann, oder ob auch ein „Ausgeschlossener" derartige Rechtshandlungen vornehmen darf. Dass der Vertreter der Gesellschaft kompensiren kann, ergibt sich klar und einfach aus den Art. 114 u. 116 H.G.B. Auf Grund dieser Bestimmungen hat der Gesellschafter die vollkommen freie Verfügung über den Gesellschaftsfonds, er darf also Theile desselben veräussern und soweit nicht besondere geseztliche Bestimmungen wie die über die Trennung der Vermögensmassen entgegenstehen (Art. 121), sie zur Kompensation verwenden. Er hat auch laut Art. 114 die Fähigkeit, die Gesellschaft im Prozess zu vertreten, alle Prozesshandlungen vorzunehmen, worunter auch die Einrede der Kompensation fällt. Die Gesellschaft wird durch seine Handlungen unter der Firma der Gesellschaft unbedingt verpflichtet, mag sie wollen oder nicht. Hieraus ergibt sich logischer Weise, dass auf der anderen Seite der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter nicht kompensiren kann.[1]) Seine Kompensation ist auf Grund des Art. 115 zu Art 46 nur gültig, wenn sein Mitcontrahent den Ausschluss von der Vertretungsbefugniss weder kannte, noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns trotz der Ein-

---

1) Uebereinstimmend Laband a. a. O. S. 17. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 12 S. 245 Bd. 13 S. 66. Bernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation 2. Aufl. S. 488. Anschütz u. v. Völderndorf a. a. C. S. 263. Thöl a. a. O. S. 97 1b.

tragung im Handelsregister kennen musste, oder wenn diese Eintragung im Register unterblieben ist. Im Uebrigen ist er weder legitimirt über Forderungen der Gesellschaft zu disponiren, noch Einreden der Gesellschaft in einen gegen ihn angestrengten Prozess zur Geltung zu bringen. Behrend[1]) will auch dem Nichtvertretungsberechtigten die Befugniss mit einer Forderung der Gesellschaft zu kompensiren, zugestehen, sobald er aus Schulden der Gesellschaft verklagt wird, weil er der Gesellschaftskasse gegenüber regressberechtigt ist. Nach Art. 93 ist diese Regressberechtigung freilich nicht zu leugnen, aber sie ist nichts absolut Feststehendes, sie kann durch Vertragsvereinbarungen jederzeit beseitigt werden. Ausserdem kann eine derartige Bestimmung welche lediglich die res internas der Gesellschafter betrifft, niemals dem Gesellschafter Dritten gegenüber die Berechtigung verleihen, für die Gesellschaft rechtswirksame Handlungen vorzunehmen.

Cosack[2]) gibt aus dem Grunde auch dem nicht zur Vertretung legitimirten Gesellschafter das Recht zu kompensiren, weil er, wie ein Bürge, nur für vollwirksame Gesellschaftsschulden hafte, eine vollwirksame Gesellschaftsschuld, soweit die Gesellschaft eine Gegenforderung habe, eben nicht vorliege. Anscheinend will hier Cosack die gemeinrechtliche Frage der Geltendmachung einer Kompensation, ob sie nämlich ipso iure eintritt, oder erst durch Vorschützen einer Einrede, im Sinne des ipso iure compensari entscheiden. Der Streit

1) Behrend, Lehrbuch der Handelsr. 1886. Bd. 1 S. 534. Lastig in Emdemanns Handbuch des Handelsrechts Rd. 1 S. 395. Staub, Comm. des Handelsgesetzbuches 3. u. 4. Aufl. ad Art. 121.

2) Cosack, a. a. O. S. 488 d.

über diesen Punkt hat handelsrechtlich m. E. nur die Bedeutung, dass man für den Fall einer Entscheidung zu Gunsten des ipso iure compensari im Sinne Cosacks nicht von einer Berechtigung zur Kompensation auch seitens des nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters reden kann; es tritt dann freilich die Kompensation gegenüber jedem, also auch dem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter ein, aber in Folge der besonderen Beschaffenheit der Forderungen und keineswegs auf Grund irgend welcher Rechte der Gesellschafter. Die Ausdrucksweise Cosacks „darf aufrechnen" ist also zum mindesten ungenau.

§ 27.

Eine äusserst interessante Spezialfrage, welche bei Erörterung unseres Falles sich aufdrängt, müssen wir hier noch einer Betrachtung unterwerfen. Es handelt sich nämlich darum, ob ein Gesellschafter auch mit einer Forderung der Gesellschaft kompensiren kann, welche der Gesellschaft gegenüber gerichtlich nicht anerkannt worden ist, oder ob dem Gesellschafter hier die exceptio iudicatae entgegentritt.[1]) Das Urtheil in einem Prozess gegen die Gesellschaft macht nach Cosack Rechtskraft nur inter partes, also gegen die Gesellschaft, nicht auch gegen die Gesellschafter. Die Gesellschafter könnten demnach in dem gegen sie persönlich auf Grund ihrer Haftbarkeit für Gesellschaftsschulden angestrengten Prozess die Forderungen als rechtsgiltige zur Kompensation stellen, ohne die Einrede der excepio rei iudicatae fürchten zu müssen. Doch, glaube ich, kann man

1) Cosack a. a. O. S. 492. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 20 Nr. 54.

in unserem Falle nicht soweit gehen; der Satz von der Rechtskraft des Urtheils, dem hier absolut nicht präjudizirt werden soll, ist doch cum grano salis zu verstehen.

Die offene Handelsgesellschaft ist keine juristische Person, sondern die Vereinigung mehrerer Einzelindividuen „zur gesammten Hand“, ein Urtheil gegen die Gesellschaft erlangt daher Rechtskraft gegen die Gesellschafter, aber nur gegen sie in ihrer Qualifikation als solche, als Gesammthänder; soweit also später die Gesellschafter in dieser Eigenschaft eine rechtskräftig abgewiesene Forderung vorbringen, steht ihrem Vorbringen die exceptio rei iudicatae entgegen. Dagegen erhält das Urtheil keineswegs Rechtskraft gegen die Gesellschafter als Privatpersonen, vielmehr bedarf es, um dasselbe auch in das Privatvermögen der Gesellschafter vollstreckbar zu machen, eines besonderen, gegen die Gesellschaft gerichteten Urtheils. Ein solches umfasst natürlich die Gesellschaft in ihren beiden Qualifikationen. Wir weichen demnach von der Cosackschen Ansicht insofern ab, als wir dem Urtheil nicht nur Rechtskraft gegen die Gesellschaft, sondern auch gegen die Gesellschafter als solche zuschreiben. In der Praxis werden allerdings meist die Gesellschafter als solche mitverklagt werden, infolgedessen auch thatsächlich jedes Urtheil gegen die Gesellschafter in ihren beiden Qualifikationen Rechtskraft haben, aber juristisch lässt sich der Unterschied festhalten, der auch z. B. in dem Falle praktisch wird, wenn ein ausgetretener Gesellschafter auf Grund des Art. 130 II für Schulden der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, welche gegen die Gesellschaft gerichtlich festgestellt sind. Hier ist der frühere Gesellschafter nur als Privatperson belangt,

kann also neue Einreden gegen die Rechtsbeständigkeit der Schuld vorbringen. In unserem Falle hingegen ist der Gesellschafter als solcher belangt, es steht also seiner Kompensation mit einer rechtskraftig abgewiesenen Gesellschaftsforderung die exceptio rei iudicatae entgegen. Nun behauptet freilich Renaud[1]) der Gesellschafter mache die Kompensation im eigenen Namen geltend (es stehe derselben also die exceptio nicht entgegen), und doch soll die Forderung der Gesellschaft dadurch erloschen sein, und Rechtsverbindlichkeit für die Gesellschaft eintreten? Das bringt ihn in Konflikt mit Art. 114 H.G.B.: Die Gesellschaft wird durch die Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen abschliesst, berechtigt und verpflichtet". Bringt der Gesellschafter die Kompensation aber nicht im eigenen Namen, sondern im Namen der Gesellschaft als Gesellschaftsrecht vor, dann muss der Forderung auch die exceptio rei iudicatae aus dem früheren Prozesse entgegenstehen; denn es ist dieselbe Forderung in derselben Qualifikation als Gesellschaftsforderung, welche damals rechtskräftig abgewiesen ist, und hente wieder als rechtsbeständig verwendet werden soll.

§ 28.

Der zweite Theil unserer Untersuchung wird sich mit der Frage zu beschäftigen haben, ob Kompensation zwischen Gesellschaftsschulden uud Privatforderungen eines offenen Gesellschafters zulässig ist. Auch hier haben wir eine Anzahl Einzelfälle aus einander zu halten.

1) Renaud a. a. O. S. 438.

1. Ein Gesellschafter wird aus einer Gesellschaftsschuld verklagt, darf er mit Privatforderungen an den Gläubiger der Gesellschaft kompensiren? Nehmen wir zunächst den einfachsten Fall, ein Gesellschafter nimmt mit seiner eigenen Forderung Kompensation gegen eine Gesellschaftsschuld vor. Dass dieses zulässig, dürfte wohl kaum Zweifeln unterliegen. Da der Gesellschafter verpflichtet ist, mit seinem Privatvermögen für die Gesellschaftsschulden einzutreten, kann er natürlich auch anstatt der Zahlung eine Kompensation mit seiner Privatforderung eintreten lassen, denn die Klage des Gläubigers richtet sich auch gegen das Privatvermögen des Beklagten, infolgedessen müssen hier auch alle Einreden aus dem Privatvermögen wirksam entgegen gehalten werden können. Es steht nichts im Wege, dass der Gesellschafter seine Privatforderungen zu Gunsten der Gesellschaft verwendet, anstatt aus seinen Baarfonds zu zahlen. Uebereinstimmende Ansichten bei den meisten Autoren.[1])

2. Ebenso herrscht bei der grösseren Mehrzahl derselben Einigkeit darüber, dass die Gesellschaft niemals mit Privatforderungen ihrer Gesellschafter gegen ihre Schulden aufrechnen kann, eine Ansicht, der ich mich im Folgenden anschliessen möchte. Zunächst ergibt sie sich als logische Konsequenz des oben Dar-

---

1) Laband, a. a. O. S. 18. Cosack, a. a. O. S. 489 d. Staub, Comm. 3. u. 4. Aufl. zu Art. 121. Lastig in Endemanns Handbuch Bd. 1 S. 395. Behrend, Lehrb. S. 534. Bourades in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 43 S. 69. v. Hahn, Comm. 2. Aufl. Bd. 1 Art. 121 S. 385 [2]) a. Renaud a. a. O. S. 437. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 12 S. 252 ff. Bd. 13 S. 66 ff. Bd. 6 S. 419.

gestellten. Es ist sowohl durch die oben angeführten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches von mehr allgemeiner Natur als durch die Kompensationsverbote des Art. 121 im speciellen die Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Privatvermögen festgelegt worden, demnach bleibt nicht abzusehen, woher die Gesellschaft die Legitimation, über die Privatforderungen ihrer Mitglieder zu disponiren, entnehmen soll. Aus der Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für die Schulden der Gesellschaft ergibt sich für den in Rede stehenden Fall gar nichts, denn diese wäre nur von Bedeutung, wenn ein Gesellschafter allein verklagt wäre, im Vorliegenden ist aber die Gesellschaft verklagt und somit die Gesellschafter nur in ihrer Stellung als solche, keineswegs auch als Privatpersonen in den Process gezogen, vielmehr bedarf es, wie an anderer Stelle erwähnt, eines besonderen Urtheils gegen die Gesellschafter, um das Urtheil wider die Gesellschaft auch in deren Privatvermögen vollstreckbar zu machen; wir haben an dieser Stelle einen Fall, in welchem der Unterschied zwischen der Stellung eines Gesellschafters als solchem, und der Stellung desselben als Privatmann im Processe praktisch wird. Sind andererseits die Gesellschafter auch als Privatpersonen durch dieselbe Klage, welche sich gegen die Gesellschaft richtet, umfasst, lautet also die Klage gegen die offene Handelsgesellschaft und deren namentlich benannte Gesellschafter, was in der Praxis meistens der Fall ist, so wird auch das Privatvermögen der offenen Gesellschafter mit in den Process hineingezogen, aus dem Grunde mangelnder Passivlegitimation stände demnach einer Kompensation unter solchen Verhältnissen nichts entgegen, ob aus einem

anderen Grunde, wird sich später zeigen. Laband[1]) begründet mit Recht die Unzulässigkeit einer derartigen Kompensation etwa auf folgende Weise: „Während Art. 121 auf dem Princip beruht, Vermögen der Gesellschaft soll nicht zur Privatverfügung einzelner Gesellschafter stehen, ergibt sich aus Art. 92[2]), dass das Privatvermögen der Gesellschafter nicht zur Verfügung der Gesellschaft, deren Eingriffen offen stehen soll. Die Vertreter der Gesellschaft können der Firma keine Privatforderungen der anderen Gesellschafter zuwenden, demgemäss fehlt es der Gesellschaft an der für die Aufrechnung erforderlichen Legitimation gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger". Auch das R.G.[3]) hat sich in unserem Sinne ausgesprochen. Eingehend beschäftigt sich mit der Frage der Kompensation zwischen Privatforderungen und Gesellschaftsschulden Conrades in einer Abhandlung im XLIII. Bande der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht, auch er steht im Princip auf dem

---

1) Laband a. a. O. S. 18.

2) Laband a. a. O. S. 18 Anm. 2.

3) Entsch. d. R.G. in Civilsachen Bd. 11 S. 116: „Ob die Gesellschaft gegen die Forderung des Gesellschaftsgläubigers mit einer Privatforderung eines Gesellschafters, ohne dass diese der Gesellschaft übereignet worden, kompensiren könne, diese Frage hat das Berufungsgericht zu Unrecht bejaht. Gerade die Einschränkung, welche das Berufungsgericht selbst macht, nach welcher es eben doch nicht die Personen der Gesellschafter schlechthin, sondern in Bezug auf einen bestimmten Rechtskreis sind, welche durch den Begriff der Gesellschaft zusammengefasst werden, zwingt zu der Auseinanderhaltung der Rechtsverhältnisse, welche die Gesellschafter in Bezug auf diesen Rechtskreis berühren und diejenigen, welche sie sonst angehen".

gleichen Boden, wie unsere obige Untersuchung:[1]) „Ich glaube hiernach dargehan zu haben, dass in einem Prozesse gegen die offene Handelsgesellschaft die Privatforderungen eines Gesellschafters in keiner Weise zur Kompensation gegen die Forderung des Klägers benutzt werden können".

§ 29.

Um nun zu der Betrachtung einzelner Specialfragen überzugehen, so steht m. E. zunächst eine Kompensation mit einer Forderung, die durch Cession einer Gesellschaft übergegangen ist, nichts entgegen. Auch das Reichsgericht[2]) hat solche Cession und Aufrechnung auf Grund derselben für zulässig erachtet und bei dieser Gelegenheit ausgeführt, dass anstatt des vollkommenen Aktes der Cession die Willenserklärung des Forderungsberechtigten, dass er mit der Kompensation einverstanden sei, genüge, eine Ansicht, der auch Puchelt und Dernburg u. A. zustimmend gegenüber stehen: „Im heutigen Rechte genügt zur Abtretung der Forderung ein auf die Uebereignung gerichteter Wille und solcher ist in der Ueberlassung zur Kompensation zu finden.[3]) In Uebereinstimmung mit diesen Anschauungen hat das R.G.[4]) einer offenen Handelsgesellschaft die Befugniss zugesprochen, gegenüber der Klage ihres Gläubigers mit einer privaten Forderung, die einem Gesellschafter

---

1) Conrades in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 43 S. 69 Abs. 2.

2) Entsch. d. R.G. in C.S. Bd. 11 S. 120.

3) Dernburg, Pand. 1892 Bd. 2 S. 172 Anm. 1. Puchelt Comm. Bd. 1 zu Art. 121 S. 222, 3. Renaud a. a. O. S. 437, 438.

4) Entsch. d. R.G. in C.S. Bd. 31 S. 81 ff.

gegen jenen zusteht, mit dessen Ermächtigung aufzurechnen. Gegen diese Entscheidung macht Conrades in seiner Abhandlung Front, sehen wir, inwieweit mit Recht. Nebenbei bemerkt, geben wir Conrades in der Anfechtbarkeit des Reichsgerichts-Urtheils Recht, aber nicht aus den von ihm angeführten Gründen. Die Ermächtigung tritt in dem von R.G. entschiedenen Falle an Stelle der Cession lediglich aus dem Grunde, weil der Gläubiger der Gesellschaft in Konkurs verfallen und die Cession der Forderung an die Gesellschaft nach § 48 Abs. 2 u. 3 der K.O. erfolglos geblieben wäre. Darin liegt aber in fraudem legis die Herbeiführung gerade des durch § 48 verbotenen Erfolges. In der Nichtbeachtung dieses Umstandes und hierin allein, liegt ein Grund zur Anfechtbarkdit der Entscheidung des obersten Gerichtshofes. Gegen Conrades müssen wir ferner im Voraus betonen, dass er zweierlei nicht genügend auseinanderhält, die Kompensation mit Ermächtigung und diejenige ohne Ermächtigung des Gesellschafters.[1]) Aus den Gründen, welche Conrades für die Unzulässigkeit der Aufrechnung auch mit Ermächtigung des Forderungsberechtigten anführt, sei Folgendes hervorgehoben:[2]) „Soll nun seine (des Gesellschafters) private Forderung zur Kompensation verwendet werden, so müsste ihm doch das Recht zu-

1) So bringt Conrades die obenstehende Entscheidung d. R.G. in einen Gegensatz zu der in Bd. 11 S. 114 ff. abgedruckten während doch ein solcher Gegensatz bei genauerer Prüfung absolut nicht besteht. Die erstgenannte Entscheidung bezieht sich auf einen Fall „mit Ermächtigung", letzterer dagegen handelt von einem solchen „ohne Ermächtigung".

2) Conrades, a. a. O. S. 56.

stehen, seine Rechte als Privatgläubiger des Klägers selbst wahrzunehmen". Ein Grund für diese Hypothese lässt sich schwer finden, denn, entweder hat der oben citirten Aeusserung Dernburgs zufolge die Zustimmung zur Kompensation, die zum mindesten in der Ermächtigung liegt, die Wirkung einer Cession, dann hat der Gesellschafter damit seine Rechte als Privatgläubiger zu Gunsten der Gesellschaft aufgegeben, woran ihn doch niemand hindern kann, und dadurch jede Befugniss, sich in den Process der Gesellschaft einzumischen, verloren oder aber, wenn man dies nicht zugeben will, die Gesellschaft ist von dem Gesellschafter ermächtigt, dessen Rechte geltend zu machen, dann braucht er es doch nicht auch noch persönlich zu thun. Jedermann kann im Processe durch einen Stellvertreter seine Rechte wahrnehmen lassen, ändert sich das, wenn eine Gesellschaft anstatt eines Einzelnen diese Rolle übernimmt? Dafür gibt weder die C.P.O. noch das H.G.B. einen Anhalt.

Sodann folgert Conrades[1]) weiter: „Kann aber jemand, weder bei Rechtsgeschäften noch im Prozesse mit thätig sein, so können auch keine Erklärungen mit seiner Ermächtigung abgegeben werden, denn dies würde nichts anderes sein, als wenn der Ermächtigende selbst durch Mandatare an dem Prozesse theilnäme, seinen Gang beeinflusste". Das letztere ist vollkommen richtig, aber es schadet absolut nicht. Denn, nehmen wir an, die Gesellschaft ist Stellvertreterin des Gesellschafters, so ist es ganz natürlich und nie ungesetzlich, dass der Vertretene den Process, der ihn angeht, beeinflusst. Ist

1) Conrades a. a. O. S. 57.

aber die Ermächtigung nur eine andere Form der Cession, so bedarf es überhaupt einer Erklärung über die Ermächtigung gar nicht, die Gesellschaft nimmt einfach die Kompensation vor und es genügt die blosse Zustimmung des Gesellschafters zu ihrer Gültigkeit. Es steht also der Geltendmachung der Kompensation mit Ermächtigung des Berechtigten hieraus nichts entgegen; die Gegengründe von Conrades sind nicht stichhaltig auch schon aus folgendem Grunde. Seine Argumentation läuft darauf hinaus, dass bei der Zulässigkeit der Kompensation mit Ermächtigung des berechtigten Gesellschafters der Fall eintreten könnte, dass ein nichtvertretungsberechtigter Gesellschafter, dessen Forderung auf Grund seiner Ermächtigung zur Kompensation benutzt wird, einen Einfluss auf den Gang des Prozesses bekommen könnte. Ja! ist denn das wirklich etwas Abnormes? Wie oft wird es vorkommen, dass die im Process auftretenden Gesellschafter nur das Werkzeug und Sprachrohr auch der Privatinteressen anderer Gesellschafter sind, welche ihre guten Gründe haben, nicht im Processe hervorzutreten.

Des weiteren fragt Conrades[1]) woher man einem Gesellschafter, zumal einem von der Vertretung ausgeschlossenen, das Recht geben wolle, seine Privatinteressen im Process der Gesellschaft geltend zu machen. Selbst wenn wir annehmen, dass infolge der Ermächtigung die Gesellschaft Stellvertreterin des einzelnen Gesellschaftsmitgliedes wird, liegt die Geltendmachung der Kompensation lediglich im Interesse der Stellvertreterin, welcher dadurch die baaren Auslagen, die sie

1) Conrades a. a. O. S. 58 Abs. 3.

zur Deckung ihrer Schuld aufbringen müsste, erspart bleiben, und ich wüsste nicht, welche gesetzliche Bestimmungen mich daran hindern sollten, einen Stellvertreter zu gestatten, meine Rechte zu seinem Gunsten in seinem Processe auszuüben. Ferner bleibt auch zu bedenken, dass, wenn auch in einem Processe der Gesellschaft ein von der Vertretung ausgeschlossener Gesellschafter nicht auftreten kann, er nichtsdestoweniger doch stets Partei ist, also von einer Einmischung unbetheiligter Dritter schon aus diesem Grunde nicht die Rede sein kann. Ist nun aber vollends die Ermächtigung zur Kompensation gleichbedeutend mit einer Cession zu Kompensationszwecken, so lässt sich gar nicht absehen, wie man noch von einem Privatinteresse des Gesellschafters sprechen kann Ziehen wir nunmehr das Facit aus dem eben Dargelegton, so resultirt: Die Worte „mit Ermächtigung der Gesellschafter“ lassen eine doppelte Interpretation zu, aber aus beiden Auslegungsweisen ergibt sich für uns das gleiche Resultat. Einmal kann man dieselbe als Zustimmung zur Kompensation und damit der Dernbergschen Ansicht folgend als der Cession gleichstehend ansehen, dann ist es nach dem über die Kompensation auf Grund einer Cession Gesagten klar, dass Aufrechnung zugelassen werden muss. Der zweite Interpretationsmodus fasste die Ermächtigung auf als Vollmacht von Seiten des Gesellschafters an die Gesellschaft zur Geltendmachung seiner Rechte als seine Stellvertreterin in dem gegen sie angestrengten Processe, nach Analogie des römischen procurator in rem suam. Auch hier haben wir keine Bedenken gegen die Kompensation, dieselbe ist giltig und der Dritte (Kläger) kann m. E. ausser einem

Mangel in der Vollmacht im einzelnen Falle der Gesellschaft nichts entgegen halten. Aus der Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Privatvermögen, sowie aus der Bestimmung, dass kein Gesellschafter gezwungen werden kann, über seine Einlagen hinaus der Gesellschaft Znwendung zu machen, ergibt sich die Unzulässigkeit einer Aufrechnung mit einer Forderung des Gesellschafters wider dessen Willen. Nirgends finden wir jedoch eine Bestimmung, der zufolge ein Gesellschafter nicht freiwillig in rechtsgiltiger Weise seine Einlage erhöhen kann. Und schliesslich, selbst wenn wir die Kompensation auf Grund einer Ermächtigung für unzulässig erachten wollen, praktisch ist damit gar nichts gewonnen, namentlich wenn man Cession und, wie wir sehen werden, Nebenintervention für zulässig erachtet. Auch bleibt der Gesellschaft stets unbenommen, den Gesellschafter, der in die Kompensation zwischen der Gesellschaftsschuld und seiner Privatforderung einwilligt, zu ihrem Vertreter im Prozess zu ernennen und damit die Klippe der Ermächtigung zu umgehen.

§ 30.

Wir kamen schon eben an anderer Stelle auf die Frage der Zulässigkeit der in Rede stehenden Kompensation, wenn ein Gesellschafter als Nebenintervenient auftritt. Zunächst die Vorfrage: Kann ein offener Gesellschafter in einem Processe der Gesellschaft Nebenintervenient sein? Diese Frage greift wieder tief in die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft ein. Conrades [1]) sagt hierzu mit Recht: „In der That ist ein

1) Conrades a. a. O. S. 67.

kaum denkbares Verhältniss, in dem der socius gerens als Intervenient sich befindet, wenn man die Gesellschaft nicht in ihrem Geschäftskreise gewissermassen als ein selbstständiges Rechtssubjekt gelten lassen will.“ Nach der Lehre von der römischen Societät sind im Processe der Gesellschaft die Gesellschafter auch als Privatleute stets mitverklagt, hier muss also Nebenintervention schon aus dem Grunde unzulässig sein, weil niemand sein eigener Nebenintervenient sein kann. „Weniger anstössig“, so fährt Conrades fort, „wird die Nebenintervention des socius non gerens sein, da dieser nicht als Vertreter der Gesellschaft fungiren kann. Aber auch schon um dieses Gesellschafters willen muss man, wenn man mit dem R.G.[1]) überhaupt die Intervention eines offenen Handelsgesellschafters zulassen will, von der starren romanistischen Theorie der juristischen Person und der Societät etwas nachlassen. Schliesst man sich bei dieser Abweichung vom römischen Rechte der Ausführung des R.G.[1]) an, so ergiebt sich auch für den socius gerens die Möglichkeit, der Gesellschaft zu interveniren.“ Nun will indessen Conrades[2]) dem Gesellschafter als Nebenintervenienten die Kompensationseinrede streitig machen, womit aber erstens nicht abzusehen ist, weshalb er dann überhaupt die Intervention zulässt und zweitens sagt § 64 der C.P.O. „Der Nebenintervenient ist berechtigt, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Processhandlungen wirksam vorzunehmen u. s. w.“ —

---

1) Entsch. d. R.G. in C.S. Bd. 5 S. 71.

2) Conrades a. a. O. S. 67.

§ 31.

3. Ein weiterer Fall, bei welchem die Gültigkeit der Kompensation zwischen Gesellschaftschuld und Privatforderung streitig ist, wäre folgender: Ein Gesellschafter wird aus einer Gesellschaftsschuld verklagt und kompensirt mit der Privatforderung eines anderen Gesellschafters. Die herrschende Ansicht,[1]) der ich mich im Folgenden anschliessen werde, verneint diese Frage unbedingt, weil nach l. 18 § 1 D. de comp. 16,2, sowie nach den Codifikationen z. B.A.L.R.Bch. 1 Tit. 16 § 302 ein Correalschuldner mit einer Forderung des anderen Correalschuldners nur kompensiren kann, wenn ein Regressrecht unter ihnen besteht[2]) und ein solches, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag es ausdrücklich vorschreibt, bei der offenen Handelsgesellschaft nicht vorhanden ist. Auch das R.O.H.G.[3]) ist der Meinung, dass ein Regressrecht vor der Liquidation nicht bestehe, mithin die actio pro socio nicht Platz greifen könne. Dagen will Conrades dem Gesellschafter die Klage gegen seine Mitgesellschafter zugestehen und damit ein Regressrecht für seine Auslagen, infolgedessen auch die Befugniss zur Kompensation. Die herrschende Ansicht behauptet, ein Regress sei, immer natürlich von einer ausdrücklichen Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage

---

1) Cosack a. a. C. S. 488 c. Behrend a. a. O. S. 535. v. Hahn Comm. ad Art. 121 S. 386. Renaud a. a. O. S. 438 S 439. Anschütz, Comm. Bd. 2 S. 264 Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompens. 2. Aufl. S. 499.

2) l. 10. D. de duobus reis 45, 2.

3) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 12 S. 274, Bd. 13 S. 144 ff. Bd. 23 S. 194.

abgesehen, nach den Bestimmungen des H.G.B. ausgeschlossen, da hierin eine zwangsweise Vermehrung der Einlage der Gesellschafter entgegen dem Art. 92 zu erblicken sei. In dieser Richtung führt Cosack[1]) aus: „So kann ein Gesellschafter, welcher für die Gesellschaft Auslagen gemacht hat, ihre Erstattung nicht aus dem Privatvermögen der anderen Gesellschafter fordern, weil er diese dadurch mittelbar nöthigen würde, wozu er ein Recht nicht hat".

§ 32.

Es steht fest, dass jeder Gesellschafter verpflichtet ist, mit seinem ganzen Privatvermögen die Schulden der Gesellschaft zu decken. Zahlt er also eine Gesellschaftsschuld, so thut er nicht mehr und nicht weniger als seine Pflicht und ist damit die Schuld in jeder Beziehung vollkommen getilgt. Sie ist ausgelöscht und kann deshalb auch nicht als Forderung des zahlenden Gesellschafters gegen die Gesellschaft weiter leben. Wenn von zwei Correalschuldnern der eine zahlt, so ist damit von Rechtswegen die Schuld vernichtet, sie existirt nicht mehr, auch nicht als Forderung gegen den nunmehr befreiten anderen Correalschuldner. Will man nun aber doch aus Billigkeitsgründen die Gesellschafter dem, welcher die Gesellschaftsschuld getilgt hat, eine Entschädigungssumme[2]) zahlen lassen, so entsteht damit

---

1) Cosack a. a. O. S. 501 [2].

2) Ich vermeide absichtlich das Wort „Regress", weil dieses immer wieder die Beziehung zu der alten Schuld der Gesellschaft und die der Gesellschafter zu derselben anklingen lässt, während mir daran liegt, gerade die vollkommene Selbstständigkeit der neuen Schuld zu betonen.

eine neue Schuld der Gesellschafter auf ganz neuem Boden, ihr Grund ist Vertrag oder Gesetz, nicht etwa eine Relation zu der getilgten Gesellschaftsschuld, denn diese existirt nicht mehr. Da nun die Gesellschafter ausser Gesellschaftsschulden nichts zu zahlen brauchen, diese neue Schuld aber keine Gesellschaftsschuld ist, so qualificirt sich eine derartige Entschädigungszahlung lediglich als Einlage oder Erhöhung derselben, einerlei, ob sie an die Kasse oder direkt an den Gesellschafter, zu dessen Gunsten sie verwendet wird, gezahlt wird. Natürlich kann eine solche Entschädigungspflicht der Gesellschafter vertragsweise statuirt werden, aber der Charakter einer Einlage bleibt der Regresszahlung unter allen Umständen, denn auch unter dieser Voraussetzung ist nicht die Gesellschaftsschuld causa der Regressverpflichtung, sondern auch hier ist letztere eine neue Schuld, deren causa der Vertrag ist. Anderer Ansicht ist Conrades, welcher folgendermassen argumentirt: „Dieses (d. h. Erhöhung der Einlage der Gesellschafter durch Regresspflicht) könnte nur dann der Fall sein, wenn auch Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger Seitens des Gesellschafters für diesen eine Erhöhung der Einlage bildete. Eine Einlage ist die Zahlung aber nicht, weil sie unfreiwillig und weil sie aus dem Gesellschaftsvermögen sofort zu erstatten ist.“ Conrades bringt hier die Zahlung der Gesellschaftsschuld und eine eventuelle Regresszahlung Seitens der Gesellschafter in Parallele, wie wir jedoch oben sehen, sind diese zwei Zahlungen vollkommen verschiedener Natur — die Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger als gesetzliche, unumstössliche Pflicht, welche zum Begriff des Gesellschafters gehört, hat mit der lediglich auf Ver-

trag beruhenden Regresszahlung nichts zu thun. Man kann demnach auch nicht folgern, weil die Zahlung der Gesellschaftsschuld keine Erhöhung der Einlage ist, so ist es die Zahlung auf jene neu entstandene Regressforderung des Gesellschafters ebensowenig. Da müsste man doch erst den inneren Zusammenhang beider nachweisen, was wohl schwer zu bewerkstelligen sein möchte. Conrades scheint ihn allerdings daraus herleiten zu wollen, dass die Gesellschafter dem Betreffenden, welcher die Gesellschaftsschuld zahlte, durch die Regresszahlung nur ihren Theil an der gemeinsamen Schuld entrichteten, aber er vergisst, was nicht scharf genug betont werden kann, dass mit der Zahlung Seitens des von dem Gesellschaftsgläubiger belangten Gesellschafters die Gesellschaftsschuld vollkommen aus der Welt geschafft ist, mithin von einem Antheil der anderen Gesellschafter nicht mehr die Rede sein kann. Man kann also aus der Natur der Gesellschaftsschuld keine Folgerungen auf Schulden der Gesellschafter ziehen, die, ganz unabhängig von ihr, erst nach ihrer Tilgung entstanden. Richtig ist, dass die Zahlung der Gesellschaftschuld keine Erhöhung der Einlage bedeutet, aber falsch die Begründung „weil sie aus dem Gesellschaftsvermögen sofort zu erstatten ist“. Dies beweist gar nichts, denn der Gesellschaftsvertrag kann jene Erstattung ausschliessen und trotzdem ist die Zahlung der Gesellschaftsschuld niemals eine Einlage, weil von vornherein und von Rechtswegen das Privatvermögen der Gesellschafter für alle Schulden haftet, die Zahlung also Pflicht der Gesellschafter in dem Sinne ist, dass sie zum Begriff des Gesellschafters gehört, eine Einlagezahlung aber nie ipso iure eine Pflicht der Gesellschafter darstellt, sondern

höchstens aus dem Vertrage oder dem jus dispositivum entstanden sein kann. Die Argumentation von Conrades ist also irreführend, die unter Beweis gestellte Behauptung der Zulässigkeit der Regressklage und damit einer Kompensationsbefugniss mit einer Forderung des Correns socius müssen wir als nicht erwiesen betrachten.

Noch ein anderes spricht gegen Conrades. Gerade er geht bei seiner Behauptung, man müsse den Gesellschaftern gegeneinander Regress zugestehen, von dem Fall aus, dass der Gesellschafter bei seinem Regress an die Gesellschaftskasse diese leer findet.[1]) Da er nun aber oben behauptet, „weil die Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger sofort aus dem Vermögen der Gesellschaft zu erstatten ist, so ist sie keine Erhöhung der Einlage", so muss er andererseits folgern, wenn dagegen die Möglichkeit einer Erstattung aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen ist, so charakterisirt sich die Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger allerdings als Erhöhung der Einlage. Also gerade nach Conrades eigener Deduktion ist in diesem Falle Regress gleichbedeutend mit Erhöhung der Einlage, ergo kommen wir gerade in dem Falle, welchen Conrades als für die Begründung einer Regressberechtigung besonders wesentlich hält, auf Grund der eigenen Schlussfolgerungen von Conrades, wenn wir sie ad consequentias führen, zu dem entgegengesetzten Resultate, dass im Regress Erhöhung der Einlage liegt, dieser deshalb auf Grund des Art. 92 unzulässig ist. Merkwürdigerweise will aber Conrades[2]) dann wieder den Socien, welche auf Grund ihrer Regress-

1) Conrades a. a. O. S. 73 Abs. 2.
2) Conrades a. a. O. S. 73 unten.

pflicht den Mitgesellschafter entschädigt haben, Ersatzansprüche gegen die Gesellschaftskasse geben. Ein eigenartiger circulus vitiosus! für den Fall, dass die Kasse Baarfonds enthält, wäre doch dieser Umweg äusserst unpraktisch, ist sie leer, ebenso fruchtlos, wie der Regress an dieselbe seitens der zahlenden Mitgesellschafter. Als besonders schlagendes Beweismittel für das Bestehen einer Regresspflicht erwähnt Conrades endlich, dass sie um dessentwillen Platz greifen müsse, weil in den Protokollen zum H.G.B. dieselbe als selbstverständlich bezeichnet sei. In den Protokollen[1]) wird diesbezüglich auf Art. 92 verwiesen, „der Gesellschafter kann nicht gezwungen werden, die Einlage zu erhöhen". Vermuthlich ist der Gedankenweg dabei folgender: Wenn der Gesellschafter Gesellschaftsschulden zahlt, ohne dass ihm Regress zusteht, so liegt darin eine Erhöhung der Einlage, da diese aber im Art. 92 ausgeschlossen, so muss Regress bestehen, um das Eintreten dieser Wirkung einer Zahlung von Gesellschaftsschulden zu hindern. Dagegen ist zu sagen: erstens liegt auch in einer Zahlung ohne Regressrecht nie eine Erhöhung der Einlage, wie oben ausgeführt, und zweitens scheint doch von der gesammten derzeitigen Wissenschaft und Rechtsprechung die Regresspflicht keineswegs als selbstverständlich aus dem Gesetzbuche hervorgehend angesehen worden zu sein.

§ 33.

Betrachten wir endlich die gegenseitige Regresspflicht der Gesellschafter vom praktischen Standpunkte ihrer Nützlichkeit, so lässt sich kaum ein Grund zu ihren Gunsten finden. Der Gesellschafter, welcher eine

1) Protokolle der Komm. zum allgem. D.H G.B. Bd. 3 S. 1002.

Gesellschaftsschuld zahlte, hat unter gewöhnlichen Umständen stets Regress an die Gesellschaftskasse, ist diese ausnahmsweise leer, so kann er ja als vertretender Gesellschafter Forderungen der Gesellschaft einklagen, oder Kredit aufnehmen um neue Baarfonds zu schaffen, als nicht vertretungsbefugter entweder einen anderen Gesellschafter dazu veranlassen oder Auflösung beantragen. Bedenken wir schliesslich, um wieder zu unserem Ausgangspunkt zurückzukehren, dass auch dieser Fall einer Kompensation von Gesellschaftsschulden mit Privatforderungen im Rahmen der übrigen zu diesem Thema erörterten Fälle betrachtet sein will, so ergibt sich Folgendes: Wir haben die Kompensation zwischen Gesellschaftsschulden und Privatforderungen durch die Gesellschaft als unstatthaft bezeichnet, Conrades sogar auch diejenige mit Ermächtigung des berechtigten Gesellschafters, und nun soll jetzt einem anderen Gesellschafter erlaubt sein, was der Gesellschaft und selbst dem berechtigten Gesellschafter verboten ist? Demnach hätte ja ein Dritter an einer Forderung mehr Rechte als der Forderungsberechtigte selbst. Somit glaube ich dargelegt zu haben, dass wir mit den Conradesschen Behauptungen zu keinem befriedigenden Resultate gelangen, vielmehr Kompensation auch in diesem Falle für unzulässig erklärt werden muss.

§ 34.

Anders liegt der Fall freilich, sobald sich die Gesellschaft in Liquidation befindet, hier wird mit allen Ansprüchen tabula rasa gemacht und schon um die Liquidation zu erleichtern, muss ein Regress statuirt werden, müssen Ansprüche gegen die Gesellschafts-

kasse auch in solche gegen die Gesellschafter umzuwandeln sein.[1])

Zu demselben Resultate bezüglich der gegenseitigen Regressberechtiguag müssen, um auch dieses noch zu erwähnen, die Vetreter der Societätstheorie kommen, denn die römische Societas statuirt den Regressanspruch ausdrücklich, demnach auch die Kompensationsberechtigung. Ist die offene Handelsgesellschaft eine societas, so kann die vorliegende Frage der Kompensation seitens eines Gesellschafters mit Forderungen eines anderen nicht verneint werden.

§ 35.

4. Der letzte Punkt, den wir bei Erörterung der speciellen Kompensationsfälle hervorheben müssen, ist dieser: Es verklagt ein Gesellschafter seinen Privatschuldner, kann dieser mit einer Forderung gegen die Gesellschaft anfrechnen? Hierüber herrscht in der Litteratur und Rechtsprechung nahezu Einstimmigkeit im Sinne der Bejahung.[2]) Sehr treffend führt hierzu das Appelationsgericht Celle[3]) aus: „Der Privatschuldner eines Gesellschafters darf mit der ihm gegen die Handelsgesellschaft zustehenden Forderung unzweifelhaft seine Privatschuld jederzeit kompensiren. Diese Befugniss ist allerdings nicht ausdrücklich im H.G.B. anerkannt,

---

1) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 12 S. 274. Bd. 13 S. 144 ff. Bd. 23 S. 194 ff.

2) v. Hahn, Comm. zu Art. 121 § 9 S. 387. Renaud a. a. O. S. 439 440. Thöl (5. Aufl.) § 9 1 c. Seufferts Arch. Bd. 25 Nr. 151 Bd. 34 Nr. 227. Anschütz, Comm. S. 265 VIII zu Art. 121. Dernburg, Kompens. 2. Aufl. S. 447, 448.

3) Seufferts Arch. Bd. 25 Nr. 151, Bd. 34 Nr. 227.

allein dieselbe ist unverkennbar indirekt zu folgern aus der im Art. 112 festgestellten Rechtsregel, dass die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften. Wie daher die Gesellschaftsgläubiger sich jederzeit aus dem Privatvermögen der Gesellschafter befriedigt machen können, so ist kein Grund vorhanden, weshalb der Gesellschaftsgläubiger, der zugleich Privatschuldner ist, seine gegen jeden einzelnen Gesellschafter regelmässig im Wege der Klage verfolgbare Gesellschaftsforderung dem auf Befriedigung aus einer Privatforderung klagenden Gesellschafter gegenüber nicht auch im Wege der Einrede der Kompensation sollte geltend machen dürfen".

Eine gewisse Modifikation rücksichtlich dieser Art Aufrechnung tritt für den Fall des Konkurses der Gesellschaft ein. Unter solchen Umständen hört auf Grund des Art. 121 H.G.B. die Solidarhaft der Gesellschafter mit dem Privatvermögen für Gesellschaftsschulden auf, die Gläubiger der Gesellschaft dürfen sich vielmehr an das Privatvermögen nur wegen des etwaigen Ausfalles halten, eine Einschränkung, welche auch bezüglich der Kompensation Geltung behalten muss. Der Gesellschaftsgläubiger, welcher zugleich Schuldner des Gesellschafters ist, kann deshalb nicht dadurch etwa seine ganze Forderung sichern, dass er dieselbe zur Aufrechnung gegen seine Schuld an den Gesellschafter benutzt, vielmehr muss er die ganze Summe an die Konkursmasse zahlen und steht damit den übrigen Gläubigern vollkommen gleich. Eine Wiederherstellung des Rechtszustandes aus der Zeit vor der Konkurseröffnung findet

nur statt, wenn die Gesellschaftsgläubiger auf gesonderte Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verzichten. [1])

§ 36.

Somit glaube ich die Kompensation zwischen Gesellschaftsschulden und Privatforderungen, sowie zwischen Forderungen an einen offenen Handelsgesellschafter und Forderungen der Handelsgesellschaft einigermassen erschöpfend behandelt zu haben und fasse schliessend das Resultat für die Hauptfragen dahin zusammen: Aufrechnung von Gesellschaftsschulden und Privatforderungen, soweit der forderungsberechtigte Gesellschafter selbst kompensirt, ist gestattet, dergl. Aufrechnung Seitens des aus einer Gesellschaftsschuld beklagten Gesellschafters mit einer Gesellschaftsforderung. Unzulässig dagegen erscheint eine von einem Gesellschafter vollzogene Aufrechnung mit Forderungen anderer Gesellschafter, sowie überhaupt mit Privatforderungen des Gesellschafters Seitens der Gesellschaft. Dasselbe gilt von einer Kompensation zwischen Gesellschaftsforderungen und Privatschulden. Gerade rücksichtlich des letztgenannten Falles scheint vielleicht die in obiger Darstellung vertretene Ansicht etwas rigoros, namentlich gegen den vertretungsberechtigten Gesellschafter, der sonst durch das Gesetz so sehr begünstigt ist. Aber eben diese scharfe Durchführung des Art. 121 macht manche gefährliche Konsequenzen der weitgehenden Vertretungsbefugniss unmöglich, denn ein Gesellschaftsschuldner wird sich wohl kaum auf eine Kompensation einlassen, wenn er der Gefahr ausgesetzt ist, noch einmal zahlen zu müssen. Ferner ist die Zulässigkeit einer Auf-

1) cf. Cosack a. a. O. S. 511 Abs. 2.

rechnung Seitens des vertretenden Gesellschafters schon um dessentwillen sehr gefährlich, weil, ist sie gestattet, vertragswidrige Verwendungen des Gesellschaftsvermögens auf diesem Wege der Aussenwelt und den anderen Gesellschaftern viel eher verborgen bleiben können, als bei sonstigen Veräusserungen, eine Gefahr, welche durch unsere strenge Auslegung des Art. 121 sehr einfach vermieden wird, da Kompensation nur auf Grund vorheriger Cession zulässig und bei einer eventuellen Uebertragung der Gesellschaftsfordernng an den Gesellschafter zu Kompensationszwecken die übrigen Gesellschafter stets über den Hergang unterrichtet sein müssen. Das Kompensationsverbot des Art. 121 ist demnach, wie schon im Mittelalter, so auch noch heute ein dringendes Erforderniss der Sicherheit des Handelsverkehrs.